

ALEXANDER HELLGARDT

Regulierung und Privatrecht

Jus Privatum

207

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 207



Alexander Hellgardt

Regulierung und Privatrecht

Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht
und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft,
Gesetzgebung und Rechtsanwendung

Mohr Siebeck

Alexander Hellgardt, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft und Philosophie (B.A.) in Tübingen; wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg; 2008 Promotion; 2008 Zweites Staatsexamen in Hamburg; Master-Studium an der Harvard Law School; seit 2009 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München; 2015 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen an der Ludwig-Maximilians-Universität München und an der Universität Regensburg.

Gedruckt mit Unterstützung des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen.

e-ISBN PDF 978-3-16-154368-5
ISBN 978-3-16-154339-5
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2016. www.mohrsiebeck.com

© Alexander Hellgardt.

Dieses Werk ist seit 07/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Meiner lieben Frau

Vorwort

Das Thema meiner Habilitationsschrift geht zurück auf meine Beschäftigung mit der indirekten Regulierung von Hedgefonds. Im Laufe der Zeit wechselte mein Fokus von der indirekten auf die direkte Regulierung und damit zu der Frage, warum das Privatrecht im deutschen Diskurs kaum als Regulierungsinstrument des Staates wahrgenommen wird. Ich kam zu der Überzeugung, dass dieses Thema nicht anhand des Wirtschafts- oder Sonderprivatrechts behandelt werden kann, sondern dass es sich vielmehr um eine Kernfrage allen Privatrechts und nicht zuletzt des Bürgerlichen Rechts handelt. Bei der Bearbeitung wurde deutlich, dass auch das regulatorische Privatrecht nur eine Facette eines umfassenderen Phänomens darstellt.

Die vorliegende Studie enthält die Ergebnisse meiner Recherchen und meines bisherigen Nachdenkens über den Einsatz des Privatrechts zur staatlichen Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse. Sie wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich sie auf den Stand vom 30. September 2015 gebracht.

Die Studie ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen in München entstanden, wo ich nach meinem Wechsel aus Hamburg eine zweite wissenschaftliche Heimat gefunden habe. Mein allerherzlichster Dank gilt Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, dem Direktor der Abteilung Unternehmens- und Steuerrecht. Er hat mich seit unserer ersten Begegnung in jeder Hinsicht gefördert und unterstützt. Auch am Entstehen dieser Arbeit hat er einen ganz besonderen Anteil.

Dankbar für die vielfältige Unterstützung bin ich auch den weiteren Mitgliedern des Fachmentorats, Herrn Prof. Dr. Horst Eidenmüller, LL.M. und insbesondere Herrn Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M., der innerhalb kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt hat. Das Erscheinen der Arbeit wurde durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen gefördert, für den ich mich herzlich bedanke.

Meine Arbeit hat sehr von Diskussionen mit vielen Freunden und Kollegen profitiert. Dies gilt insbesondere für Christine Osterloh-Konrad und Birke Häcker sowie für Jens-Uwe Franck, Erik Röder, Rupprecht Podszun, Florian Möslin, Christoph Weber und Sebastian Unger. Zusätzlich habe ich im Rahmen eines Habilitandenkreises sowohl zur Grundkonzeption als auch zu vielen Detailfragen der Arbeit sehr hilfreiche Rückmeldungen von Daniel Damler, Andreas M.

Fleckner, Jan Henrik Klement und Thilo Kuntz erhalten. Beim Korrekturlesen haben mir meine studentischen Hilfskräfte an der LMU, Kathrin Tremml und Elias Zimmermann, geholfen. Ihnen allen danke ich herzlich! Mein Arbeiten wurde von der nicht nur kollegialen, sondern freundschaftlichen Atmosphäre am MPI befördert, für die als guter Geist Frau Auer sorgt. Sehr gefreut hat mich, dass ich als externer Habilitand an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München besonders freundlich aufgenommen wurde.

In die vergangenen zwei Jahre fielen zwei überaus schöne Ereignisse: unsere Töchter Johanna und Rebecca wurden geboren. Seitdem ist mein Leben geprägt durch ein buntes Nebeneinander von Kinderspiel und wissenschaftlicher Arbeit. Dafür, dass sie dies, wie alles andere, mit mir teilt, danke ich meiner Frau Patricia von Herzen – ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Frühling 2016

Alexander Hellgardt

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
§ 1 Regulierungsperspektive auf das Privatrecht	3
<i>1. Teil: Privatrecht als Regulierungsrecht</i>	13
§ 2 Regulierung als Schlüsselbegriff	15
§ 3 Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	98
§ 4 Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	155
<i>2. Teil: Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen</i>	173
§ 5 Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	175
§ 6 Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	222
§ 7 Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	265
<i>3. Teil: Konsequenzen für die Rechtswissenschaft</i>	323
§ 8 (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	325
§ 9 Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	438
§ 10 Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	522
<i>4. Teil: Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis</i>	563
§ 11 Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	564
§ 12 Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	646
Schluss	725
§ 13 Brauchen wir ein übergreifendes Regulierungsrecht?	726
§ 14 Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse	729

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
§ 1 Regulierungsperspektive auf das Privatrecht	3
I. Zeit für einen Perspektivwechsel!	5
II. Elemente des Perspektivwechsels: Aufbau der Untersuchung	9

1. Teil

Privatrecht als Regulierungsrecht

§ 2 Regulierung als Schlüsselbegriff	15
I. Herkunft und Entstehung des Regulierungsbegriffs	15
1. Sozialwissenschaftliche Regulierungsbegriffe	16
a. Politikwissenschaftliche Ansätze	17
aa. Instrumentenanalyse	18
bb. Governance-Forschung	21
b. Soziologische Ansätze	23
aa. Effektivität des Rechts	24
bb. Systemtheorie	28
c. Wirtschaftswissenschaftliche Ansätze	32
aa. Public Interest-Theorie der Regulierung	34
bb. Public Choice-Theorie und Economic Theory der Regulierung	36
2. „Regulation“ im angloamerikanischen Rechtskreis	38
3. Regulierungsbegriff im deutschen Öffentlichen Recht	41
a. Deregulierung: Der Zusammenhang von Privatisierung und Regulierung	41
b. Regulierung im Kontext der „Neuen Verwaltungsrechts- wissenschaft“	45

II. Regulierung als Funktion des Rechts	47
1. Funktionen des Rechts	48
2. Definition der Regulierungsfunktion	50
a. Einsatz von Recht	50
b. Begrenzung auf staatlich gesetztes Recht	51
c. Verhaltenssteuernder Zweck	52
d. Verfolgung von Allgemeinwohlzielen	53
3. Regulierung in Abgrenzung zu anderen Funktionen des Rechts	55
a. Infrastrukturfunktion versus Regulierungsfunktion	56
b. Interessenausgleichsfunktion versus Regulierungsfunktion	59
c. Weitere Funktionen und Funktionsüberschneidungen	62
III. Regulierung im Privatrecht	64
1. Privatautonomie und Regulierung	65
a. Privatautonomie als Freiheitsgrundrecht	66
b. Privatautonomie als Selbstbestimmung	68
c. Privatautonomie als Regulierung?	71
2. Zwingendes Privatrecht und Regulierung	73
a. Rechtlich zwingendes und faktisch zwingendes Privatrecht	73
b. Regulierung und die Normarten des zwingenden Privatrechts	75
c. Zwingendes Vertragsrecht	78
aa. Zwingendes Vertragsrecht – ein Sonderfall?	78
bb. Regulierungsfunktion zwingenden Vertragsrechts	81
cc. Zwingendes Vertragsrecht, halbzwingendes Vertragsrecht und AGB-Kontrolle	83
3. Dispositives Privatrecht und Regulierung	84
a. Rechtsnatur und Erscheinungsformen dispositiven Privatrechts ...	85
b. Dispositives Privatrecht als Regulierungsinstrument	87
c. AGB-Kontrolle anhand dispositiven Privatrechts	92
IV. Zwischenfazit und weiteres Vorgehen	97
§ 3 Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	98
I. Kaufrecht	99
1. Regulierung im Gewährleistungsrecht	100
a. Vorrang der Nacherfüllung	100
b. Prävention arglistigen Verhaltens des Verkäufers	104
c. Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung	108
d. Ausbau- und Einbaukosten bei Nachlieferung	111
2. Regulierung von Teilmärkten mittels Kaufrecht	114
a. Internetauktionen	114
b. Kraftfahrzeughandel	116
aa. Bildung von Marktsegmenten	116
bb. Beeinflussung der Marktstruktur	117

II. Sachenrecht	120
1. Die Regulierungsfunktion des ungeteilten Eigentums gemäß § 903 S. 1 BGB	121
a. Historischer Hintergrund des Eigentumskonzepts des BGB-Gesetzgebers	122
b. Numerus clausus der dinglichen Rechte	127
c. Durchbrechung durch Zulassung des Anwartschaftsrechts?	132
2. Regulierung zur Gewährleistung der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern	136
a. Güterzuordnung und Verfügungsfreiheit	136
b. Fortbestand des Lehensrechts und der Familienfideikommisse	141
c. Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen	149
§ 4 Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	155
I. Regulatorische Elemente im BGB	155
1. Allgemeiner Teil	155
2. Schuldrecht	157
a. Allgemeines Schuldrecht	157
b. Recht der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse	158
c. Außervertragliches Schuldrecht	159
3. Sachenrecht	161
4. Familienrecht	161
5. Erbrecht	164
II. Regulatorische Elemente im Sonderprivatrecht	165
1. Handelsrecht	165
2. Arbeitsrecht	165
3. Gesellschaftsrecht	166
4. Wettbewerbsrecht	168
a. Kartellrecht	168
b. Recht des unlauteren Wettbewerbs	169
5. Versicherungsrecht	169
6. Kapitalmarktrecht	170
7. Recht des geistigen Eigentums	171

2. Teil

Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen

§ 5 Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	175
I. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtlicher Eigenwert aufgrund des Integrationsziels	176

1. Einheitlicher Binnenmarkt und Rechtsdurchsetzungs- autonomie der Mitgliedstaaten	178
2. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten	180
3. Ermächtigung des Einzelnen zur Durchsetzung des Unionsrechts	184
4. Privatrecht als Mittel der Durchsetzung von Unionsrecht	187
II. Unionsrechtliche Vorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts	189
1. Unmittelbar anwendbares regulatorisches Unionsprivatrecht	190
2. Ausdrückliche Richtlinienvorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts	190
3. Pflicht zur privatrechtlichen Durchsetzung individueller Rechte	193
a. Tatbestand des individuellen Rechts	193
b. Öffentliche versus private Durchsetzung individueller Rechte	196
4. Regulatorisches Privatrecht als Ausfluss des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots	198
III. Unionsrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung regulatorischen Privatrechts am Beispiel von Schadensersatzansprüchen	200
1. Objektiver Tatbestand	200
2. Anspruchsberechtigung	202
3. Verschulden	204
4. Kausalität	205
5. Schadensberechnung	206
IV. Grundfreiheiten und Regulierung mittels Privatrecht	207
1. Grundfreiheiten als Maßstab für regulatorisches Privatrecht ..	208
2. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts	212
3. Grundfreiheitliche Beschränkungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts	214
a. Regulatorisches Privatrecht als verbotene Marktzugangs- beschränkung	215
b. Pflicht zur Anerkennung ausländischen regulatorischen Privatrechts?	217
4. Drittwirkung: Grundfreiheiten als regulatorisches Privatrecht	219

§ 6 Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	222
I. Privatrechtsbegriff des Grundgesetzes	223
1. Privatrecht im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes	224
2. Privatrecht und die Trennung von Staat und Gesellschaft	228
II. Privatrecht als Mittel zur Erfüllung von Staatsaufgaben	232
1. Von der Staatsaufgabe zur staatlichen Verantwortung	233
2. Verengung der Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung auf das Handeln der Verwaltung	237
Exkurs: Zum Begriff des Gemeinwohls	239
3. Staatliche Gewährleistungsverantwortung und privatrechtliche Aufgabenerfüllung	246
III. Staatsrechtliche Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht	249
1. Grenzen aufgrund der Kompetenzordnung	250
2. Grenzen der Indienstnahme Privater	252
3. Gesetzgeberische Konsistenzpflichten als Regulierungs- grenzen	256
a. Folgerichtigkeitsgrundsatz	257
b. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	262
§ 7 Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	265
I. Wirkung der Grundrechte im Privatrecht	265
1. Hauptlinien der Diskussion	266
a. Grundrechte als objektive Wertordnung	267
b. Vorrang versus Ausstrahlungswirkung der Grundrechte	269
c. Mittelbare Drittwirkung und grundrechtliche Schutzpflichten	270
d. Begrenzung der Schutzbereiche und Ausgestaltungslehre	274
2. Eigener Ansatz: Abgrenzung nach Rechtsfunktionen	277
a. Zweipolige versus dreipolige Grundrechtsverhältnisse und die unterschiedlichen Funktionen des Privatrechts	278
b. Exkurs: Grundrechtliche Anforderungen an die Interessen- ausgleichsfunktion des Privatrechts	282
c. Regulierung als (rechtsgebietsübergreifendes) zweipoliges Grundrechtsverhältnis	286
II. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische Privatrechtsgesetzgebung	288
1. Einschlägige Grundrechte	289
a. Menschenwürdegarantie	289
b. Privatautonomie	291

c. Sonstige Freiheitsrechte	294
d. Gleichheitsrechte	296
e. Justizgrundrechte	298
2. Regulierung mittels Privatrecht als Problem	
der Schranken-Schranken	300
a. Formelle Anforderungen an grundrechtsbeschränkende	
Privatrechtsnormen	300
b. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im regulatorischen Privatrecht	301
aa. Legitimer Regelungszweck	302
bb. Geeignetheit	304
cc. Erforderlichkeit	305
dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	309
c. Praktische Konkordanz im regulatorischen Privatrecht?	
Regulatorisches Vertragsrecht als Sonderfall?	313
3. Grundrechtliche Schutzpflichten und regulatorisches	
Privatrecht	315
III. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische	
Privatrechtsanwendung	317
1. Reichweite verfassungsrechtlicher Bindung regulatorischer	
Privatrechtsanwendung	318
2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grenze regulatorischer	
(Privat-)Rechtsanwendung	319
a. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe	320
b. Verhältnismäßigkeit der Anwendung konkreter regulatorischer	
Privatrechtsnormen	320
c. Verhältnismäßigkeit regulatorischer Anwendung	
von Generalklauseln	321

3. Teil

Konsequenzen für die Rechtswissenschaft

§ 8 (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	325
I. Verengter Privatrechtsbegriff als Selbstbegrenzung	
der Privatrechtswissenschaft	327
1. Ursprünge des freiheitlich-individualistischen	
Privatrechtsbegriffs	329
a. Philosophische Grundlagen	329
b. Bedeutung der romanistischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts ..	331
c. Politikferne des Privatrechts als politische Notwendigkeit	
im 19. Jahrhundert	335
2. (Un-)gebrochene Strahlkraft einer Privatrechtstheorie	
des 19. Jahrhunderts	337

a. Einwände gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff	338
aa. Fehlschluss von der Freiheit auf das Recht	339
bb. <i>Jherings</i> Theorie des „gesellschaftlichen Charakters der Privatrechte“	343
cc. Freirechtsschule und Rechtsrealismus	348
b. Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs	353
aa. Verdeckung von Wertungswidersprüchen insbesondere durch Kombinationslehren	354
bb. Interessenjurisprudenz als Folge und Ende <i>Jheringscher</i> Privatrechtstheorie	356
cc. Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz	360
3. Prinzipienbasiertes versus folgenorientiertes Privatrechtsverständnis	365
a. Freiheitlich-individualistischer Privatrechtsbegriff als prinzipien- basierte Privatrechtstheorie	365
b. Folgenorientierte Privatrechtstheorie	369
c. Theoretische Unvereinbarkeit von prinzipienbasierten und folgenorientierten Privatrechtstheorien	372
aa. Subjektives Recht versus Anreizwirkung	372
bb. Allgemeine Rechtsgrundsätze versus Wirkungshypothesen	375
cc. Gerechtigkeit versus Effizienz	376
d. Zum Erfordernis eines umfassenden Privatrechtsbegriffs	379
aa. Grenzen einer rein prinzipienbasierten Privatrechtstheorie	379
bb. Grenzen einer rein folgenorientierten Privatrechtstheorie	381
cc. Notwendigkeit und Wege zu einer Synthese	383
4. Regulierung als Teil eines umfassenden Privatrechts- konzepts	385
II. Regulierung und Rechtsdogmatik	388
1. Rechtsdogmatik als Verbindung von Wissenschaft und Praxis	390
2. Methodenfragen als Verfassungsfragen	394
a. Parallelen zur Diskussion im Öffentlichen Recht	395
b. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die anwendungsbezogene Methodik	397
c. Verfassungsrecht und regulatorische Rechtsanwendung	398
3. Regulatorische Rechtsdogmatik	403
a. Fragestellungen einer regulatorischen Rechtsdogmatik	404
aa. Fragen der Normanwendung	405
bb. Fragen der Systembildung	406
cc. Fragen der Wertung	408
b. Verhältnis von Regulierung und Auslegung	409
c. Regulatorische Rechtsdogmatik als praktische Interdisziplinarität	411

aa. Status fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsdogmatik	411
bb. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Tatbestandsfragen	413
cc. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Wertungsfragen	416
III. Folgenorientierte Rechtswissenschaft jenseits der Dogmatik	419
1. Unzulässige Gleichsetzung von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik	420
2. Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts	424
3. Rechtswirkungen als Gegenstand genuin rechtswissen- schaftlicher Analyse	427
4. Fehlen rechtlicher Wertungsmaßstäbe?	429
a. Folgenbezogene Wertungskriterien	431
b. Rechtliche Relevanz folgenbezogener Wertungskriterien	433
c. Normative Grenzen einer zweckbezogenen Rechtsrechtfertigung ..	436
§ 9 Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	438
I. Regulierungsziele	438
1. Regulierungsanlässe und Regulierungsziele	440
2. Konzept der Zielerreichung	441
3. Theoretische Systematik der Regulierungsziele	442
a. Regulierungsziele und übergreifende Regulierungskonzepte	443
b. Bekämpfung von Marktversagen als Beispiel für ein übergreifendes Regulierungskonzept	444
c. Übergreifende Regulierungskonzepte in anderen Regulierungsbereichen	447
II. Regulierungsinstrumente	449
1. Regulierungswirkung als Kriterium für Regulierungs- instrumente	450
a. Rechtsbefolgung und Regulierungswirkung	451
b. Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung	454
2. Direkte Regulierungsinstrumente	456
a. Gesetzliche Gebote, Verbote und Unwirksamkeitsgründe	457
aa. Selbstwirksame Vorschriften	457
bb. Vorschriften, die eines Rechtsdurchsetzungsaktes bedürfen	458
b. Gebot, Verbot oder Unwirksamkeit aufgrund einer einzelfall- bezogenen Handlung	459
aa. Verwaltungsakte	459
bb. Richterliche Rechtsfortbildung, Konkretisierung von General- klauseln und Inhaltskontrolle	460
cc. Handlungen Privater, insbesondere Gestaltungsrechte	461

c. Sanktionsnormen	461
aa. Rechtsverlust	462
bb. Schadensersatz	463
cc. Herausgabepflicht	470
dd. Geldbuße und Strafen	471
d. Lenkungssteuern und Subventionen	474
e. Quantitätsregulierungen und Preisregulierungen	477
3. Indirekte Regulierungsinstrumente	478
a. Informations- und Offenlegungspflichten	478
aa. Steuerung des Informationsempfängers	480
bb. Steuerung des Informationsverpflichteten	483
b. Indienstnahme Dritter	485
c. Zurechnungsnormen	487
d. Abdingbare Vorschriften, Soft Law und regulierte Selbstregulierung	489
e. Naming and Shaming	491
III. Zusammenspiel von Regulierungsinstrumenten und Regulierungszielen	492
1. Regulierungsinstrument und Regulierungsziel	493
a. Determinanten der Zielerreichung	493
aa. Rechtlich direkt beeinflussbare Faktoren	494
bb. Sonstige Faktoren	498
b. Gründe für das Fehlschlagen von Regulierung	501
aa. Wahl eines ungeeigneten Regulierungsinstruments	501
bb. Falsche Kalibrierung von Regulierungsinstrumenten und Gesetzesumgehung	502
cc. Unerwünschte Nebenwirkungen	503
c. Vergleich von Regulierungsinstrumenten	504
aa. Vergleichskriterien	505
bb. Beispiel: Umverteilung mittels Privatrecht versus Umverteilung mittels Steuer- und Sozialrecht	511
2. Regulierungsstrategien und übergreifende Regulierungs- konzepte	516
a. Regulierungsstrategien als Zusammenwirken mehrerer Regulierungsinstrumente	517
b. Entwicklung von Regulierungsstrategien anhand übergreifender Regulierungskonzepte	519
§ 10 Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	522
I. Verhältnis von Privatautonomie und Privatrecht	523
1. Diskrepanz zwischen formalem und materiellem Privatrechtsbegriff	524
2. Historische Bedeutung der Privatautonomie	529
3. Heutige Bedeutung der Privatautonomie	539

II. Wettbewerb der Teilrechtsordnungen	545
1. Ablehnung von Gemeinrecht und Mischformen	545
2. Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht als Rechtsdurchsetzungsregime	549
3. Rechtsfunktionen als Grundlage eines Wettbewerbs der Teilrechtsordnungen	553
III. Was bleibt vom Privatrecht?	558

4. Teil

Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis

§ 11 Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	564
I. Gesetzgeberische Regulierungsentscheidungen	565
1. Wahl des Regulierungsinstruments	565
a. Praktische Systematik der Regulierungsziele	566
b. Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs	567
aa. Zielgenauigkeit	567
bb. Nebenwirkungen	571
cc. Kosten	575
c. Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs	578
aa. Zielgenauigkeit	578
bb. Nebenwirkungen	581
cc. Kosten	584
d. Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung	586
aa. Zielgenauigkeit	587
bb. Nebenwirkungen	589
cc. Kosten	590
e. Regulierung zur Verhinderung einer Handlung	591
aa. Zielgenauigkeit	591
bb. Nebenwirkungen	593
cc. Kosten	595
2. Ein Regulierungsinstrument versus Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente	597
a. Kriterien zur Kombination von Regulierungsinstrumenten	599
aa. Folgen für die Regulierungswirkung	599
bb. Folgen für die Kosten	602
cc. Zwischenfazit zur Kombination von Regulierungs- instrumenten	603
b. Gesetzgebung und selbständige Regulierung durch die Gerichte ...	604
II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Wahl von Regulierungsinstrumenten	605
1. Auswahl der zu vergleichenden Regulierungsinstrumente	608
2. Erster Vergleich: Gleichwirksamkeit	611

a. Zwingende Kriterien	612
b. Unzulässige Kriterien	613
c. Optionale Kriterien	614
d. Durchführung des Vergleichs	616
3. Zweiter Vergleich: Bestimmung des milderen Mittels	617
a. Zwingende Kriterien	620
b. Unzulässige Kriterien	624
c. Optionale Kriterien	624
d. Durchführung des Vergleichs	626
III. Regulatorisches Privatrecht im „Baukasten des Gesetzgebers“ ...	629
1. Privatrecht als Alternative zur hoheitlichen Steuerung	630
2. Privatrecht als Ergänzung hoheitlicher Steuerung	636
3. Privatrecht als Ersatz hoheitlicher Steuerung	642
§ 12 Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	646
I. Anwendung von regulatorischen Privatrechtsgesetzen	647
1. Feststellung der Regulierungsfunktion	649
2. Regulatorische Rechtsanwendung im engeren Sinne	652
a. Konstruktion der „typischen Situation“	653
b. Ermittlung der Entscheidungsalternative	655
aa. Ausgangspunkt Gesetzesauslegung	655
bb. Besonderheiten der teleologischen Auslegung regulatorischer Gesetze	657
cc. Notwendige Möglichkeit einer Entscheidungsalternative	661
c. Bestimmung der Rechtsfolge anhand des Regulierungsziels	664
aa. Konkretisierung des Regulierungsziels	666
bb. Prognose der Anreizwirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen	669
cc. Vergleichende Subsumtion der prognostizierten Anreizwirkungen unter das Regulierungsziel	671
d. Auseinanderfallen der Falllösung und der regulatorischen Rechtsfolge?	671
II. Eigenständige Regulierung durch Zivilgerichte	673
1. Verfassungsrechtliche Grenzen rechtsfortbildender Regulierung durch Zivilgerichte	674
a. Keine Rechtsfortbildung zur Korrektur verfassungswidriger Gesetzesnormen des regulatorischen Privatrechts	675
b. Regulatorische „Rechtsfortbildung“ durch Auslegung und Analogiebildung	677
c. Verfolgung eigenständiger Regulierungsziele durch die Gerichte ...	681
aa. Generalklauseln als Regulierungsermächtigung an die Gerichte	681
bb. Untätigkeit des Gesetzgebers als Regulierungsermächtigung? ..	685
2. Sachliche Legitimation eigenständiger Regulierung durch Zivilgerichte	688

3. Leitlinien eigenständiger gerichtlicher Regulierung	695
a. Gesetzliche Anknüpfungspunkte für eine Regulierung durch Zivilgerichte	696
b. Konkretisierung des Regulierungsziels	701
c. Schaffung von Regulierungsinstrumenten	705
d. Einfügung in die bestehende Regulierungsstrategie	708
III. Zivilprozessuale und gerichtsverfassungsrechtliche Voraussetzungen regulatorischer Privatrechtsanwendung	710
1. Zivilprozessuale Grundlagen regulatorischer Privatrechtsanwendung	710
a. Ermittlung von „legislative facts“ durch die Zivilgerichte	711
b. Folgerungen für die Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte	714
2. Institutionelle Voraussetzungen gerichtlicher Regulierung	716
a. Möglichkeiten zur Nutzung unabhängigen Sachverständs	717
b. Möglichkeiten zur Anhörung interessierter Kreise jenseits der Prozessparteien	719
3. Begründung regulatorischer Zivilurteile	720
4. Erfolgskontrolle und Korrektur	721
Schluss	725
§ 13 Brauchen wir ein übergreifendes Regulierungsrecht?	726
§ 14 Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse	729
I. Erster Teil: Privatrecht als Regulierungsrecht	729
1. Regulierung als Schlüsselbegriff	729
2. Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts	730
3. Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht	731
II. Zweiter Teil: Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen	731
1. Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht	731
2. Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht	732
3. Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht	734
III. Dritter Teil: Konsequenzen für die Rechtswissenschaft	736
1. (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft	736
2. Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie	739
3. Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung	742

IV. Vierter Teil: Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis	743
1. Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers	743
2. Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung	745
 Literaturverzeichnis	 749
 Sach- und Personenregister	 839

Abkürzungsverzeichnis

AA	Akademie-Ausgabe
a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
Abs.	Absatz (Absätze)
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a.E.	am Ende
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)/Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung Allgemeiner Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e/en/er)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
a.M.	andere Meinung/am Main
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. L. & Econ. Rev.	American Law and Economics Review
Am. L. Rev.	American Law Review
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil/Amtlicher Teil
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Austl. J. Leg. Phil.	Australian Journal of Legal Philosophy
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
BauNVO	Baunutzungsverordnung

BayAGLPartG	Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes
BayGO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter/Bearbeitung
Begr.	Begründer/Begründung
Bell J. Econ. & Manage. Sci.	Bell Journal of Economics and Management Science
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJIBFL	Butterworths Journal of International Banking and Financial Law
BörsG	Börsengesetz
Brit. J. Criminol.	British Journal of Criminology
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BYU L. Rev.	Brigham Young University Law Review
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
ch.	chapter(s)
C.F.R.	Code of Federal Regulations
cl.	clause
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Co.	Company/Companion
CMLR	Common Market Law Review
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
Colum. J. Tax L.	Columbia Journal of Tax Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Co. Rep.	Coke's King's Bench Reports
CR	Computer und Recht
D.	Digesten
DAI	Deutsches Aktieninstitut e.V.
DAR	Deutsches Autorecht

DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDR-GBL.	Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
D&O	Directors and Officers
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DtZ	Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVB	Das Deutsche Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EBLR	European Business Law Review
EC	European Community
ECFR	European Company and Financial Law Review
Econ Theory	Economic Theory
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJRR	European Journal of Risk Regulation
EL.	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnEV	Energieeinsparverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ER	English Reports
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
et seq.	et sequens
EU	Europäische Union/European Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht

Eur. Fin. Managemt.	European Financial Management
Eur. J. L. & Econ.	European Journal of Law and Economics
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG(V)	(Vertrag zur Gründung der) Europäische(n) Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
Ex. Ord.	Executive Order
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FernUSG	Fernunterrichtsschutzgesetz
Fn.	Fußnote(n)
FR	Federal Register
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz
GA	Generalanwalt / Generalanwältin
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz
Großkomm.	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Habil.	Habilitationsschrift
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review
Hdb.	Handbuch
HeimG	Heimgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

Hist. Pol. Econ.	History of Political Economy
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HWB	Handwörterbuch
HWPh	Historisches Wörterbuch der Philosophie
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Ergebnis
i.e.	id est
i.e.S.	im engeren Sinne
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
inkl.	inklusive
InsO	Insolvenzordnung
InstitutsVergV	Institutsvergütungsverordnung
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
IPR	Internationales Privatrecht
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des (der)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.	in Verbindung
i.V.m.	in Verbindung mit
J.	Journal/Judge
JA	Juristische Arbeitsblätter
J. Beh. Econ.	Journal of Behavioral Economics
JbJgZivRWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JCLS	Journal of Corporate Law Studies
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
Jg.	Jahrgang
Jher. Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
JLEO	Journal of Law, Economics & Organization
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JMBL	Justizministerialblatt
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Pub. Econ.	Journal of Public Economics
Jr.	Junior
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

XXX

Abkürzungsverzeichnis

KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
KarlsruKomm.	Karlsruher Kommentar
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
KG	Kommanditgesellschaft
KJ	Kritische Justiz
KölnKomm.	Kölner Kommentar
KOM	Europäische Kommission
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LeGes	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation
Leg.-Per.	Legislatur Periode
LG	Landgericht
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LMK	Lindenmaier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LMuR	Lebensmittel & Recht
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
L. Rev.	Law Review
Ltd.	private limited company
L.Q.R.	Law Quarterly Review
M.	Main
m.	mit
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutschen Recht
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MietNovG	Mietrechtsnovellierungsgesetz
MietRÄndG	Mietrechtsänderungsgesetz
MiLoG	Mindestlohnsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayerns
MLR	Modern Law Review
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MünchKomm.	Münchener Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w.	mit weiteren
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n.n.v.	noch nicht veröffentlicht (in der Sammlung der Entscheidungen des EuGH)
No.	Numero / number

Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NuR	Natur + Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Oxford J. L. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
PAngV	Preisangabenverordnung
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PatG	Patentgesetz
PDLV	Postdienstleistungsverordnung
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
Pol. Sci. Q.	Political Science Quarterly
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
ProstG	Prostitutionsgesetz
Prot.	Protokoll(e)
ProtRJA	Protokolle der Vorkommission des Reichsjustizamtes
PVS	Politische Vierteljahresschrift
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
RDV	Recht der Datenverarbeitung
RegE	Regierungsentwurf
Rev.	Review
Rev. Econ. & Stat.	Review of Economics and Statistics
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
RG	Reichsgericht
Rg	Rechtsgeschichte - Legal History
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTh	Rechtstheorie

RW	Rechtswissenschaft
S.	Seite(n)/Satz (Sätze)
s.	siehe
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.Ct.	Supreme Court Reporter
sec.	section
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SMG	Schuldrechtsmodernisierungsgesetz
St.	Sankt/Saint
st.	ständige
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stenogr.	Stenographisch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
s.v.	sub voce
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tab.	Tabelle
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TE-SachR	Teilentwurf Sachenrecht
TE-OR	Teilentwurf Obligationenrecht
Tz.	Textziffer
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	und andere/unter anderem
UBC L. Rev.	University of British Columbia Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
u. d. T.	unter dem Titel
UK	United Kingdom
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz
U. Mich. J. L. Reform	University of Michigan Journal of Law Reform
UmwG	Umwandlungsgesetz
unstr.	unstreitig
Unterabs.	Unterabsatz
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
US	United States
U.S.	United States/United States Reports (Supreme Court)
USA	United States of America

U.S.C.	United States Code
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
u.v.m.	und vieles mehr
v.	versus/vom/von
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Var.	Variante
verb.	verbundene
VerschG	Verschollenheitsgesetz
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vorbem	Vorbemerkungen
vs.	versus
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapiermitteilungen
WoBindG	Wohnungsbindungsgesetz
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WRV	Weimarer Reichsverfassung
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZGS	Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (zuvor: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht)
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZöGU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZR	Revisionen in Zivilsachen und Berufungen in Patentnichtigkeitsverfahren
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zugl.	zugleich
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

§ 1 Regulierungsperspektive auf das Privatrecht

Das Thema „Verhaltenssteuerung durch Privatrecht“ hat bereits seit einiger Zeit Konjunktur.¹ Infolgedessen sind schon viele Aspekte und Teilaspekte des Themas Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen geworden. Auch das Leitmotiv der vorliegenden Studie – die Regulierung – ist in diesem Zusammenhang auf das Privatrecht bezogen² und dabei auch in ihrer unionsrechtlichen Dimension beleuchtet worden.³

Allerdings fehlt es auch in neuerer Zeit⁴ nicht an gewichtigen Stimmen, die sich aus verschiedenen Gründen gegen den verhaltenssteuernden Einsatz des Privatrechts wenden. So beklagt etwa *Zöllner*, dass die politischen Parteien immer wieder Ziele verfolgten, „deren Verwirklichung in Bereiche gesellschaftlicher Selbstregulierung eingreift“, zumal „derartige Geschenke in Gestalt der Verpflichtung von Privatrechtssubjekten den Staat (scheinbar) nichts kosten“.⁵ *Altmeppen* meint, eine reine Verhaltenssteuerung sei „mit den Grundgedanken unseres Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zu vereinbaren“.⁶ *Picker* ist der Auffassung, die „Privatrechtsgesellschaft“ gebe ihre eigenen Grundlagen auf, „wenn sie die Freiheitsrechte des Einzelnen zugunsten solcher [i. e. politischer; A.H.] Programme und Ziele funktionalisiert und deshalb funktionsbedingt ‚einräumt‘ und ‚zumisst‘“.⁷ Privatrecht und Gesellschaft seien keine Institutionen, „die sich freien staatlich-politischen Willensentschlüssen verdanken und die deshalb in der Kon-

¹ Maßstabsetzend für die Diskussion *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.; zuvor aber etwa schon *Steindorff*, in: FS Raiser (1974), S. 621 ff. (zur Wirtschaftssteuerung durch Privatrecht).

² Siehe etwa den Beitrag von *Tröger*, in: Hopt/Tzouganatos (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen (2014), S. 297 ff. mit dem Titel „Regulierung durch Privatrecht“.

³ Zum „europäischen Regulierungsprivatrecht“ siehe *Micklitz*, GPR 2009, 254 ff. (Teil I); *ders.*, GPR 2010, 2 ff. (Teil II). Siehe auch *Collins*, EBLR 22 (2011), 425, 426 (Privatrecht „as another arm of the regulatory state“).

⁴ Für ältere Stimmen siehe stellvertretend *F. v. Hippel*, Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts (1957), S. 14, der davor warnt, dass eine Betrachtung des Bürgerlichen Rechtswesens „als ein bloßes Mittel zum Zweck“ letztlich das „Menschenleben zum Frondienst und zur Verkümmern“ nötige.

⁵ *Zöllner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 64. Siehe auch bereits *ders.*, AcP 188 (1988), 85, 98: Es bestünden erhebliche Zweifel, „ob der Wohlfahrtsstaat zur Verfolgung seiner Ziele das Privatrecht in Dienst nehmen darf, und dies insbesondere dort, wo Inhaltsbeschränkungen der Privatautonomie das Äquivalenzprinzip von Leistung und Gegenleistung aus den Angeln heben“. (Fußnote weggelassen).

⁶ *Altmeppen*, in: FS Graf v. Westphalen (2010), S. 1, 10.

⁷ *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 268.

sequenz ihrer konkreten Ordnungsentscheidung auch die Freiheit des Einzelnen für ihre Ordnungsziele in Dienst nehmen dürften.“⁸ *Bydlinski* hat geltend gemacht, es lasse sich „kein Grund entdecken, der auch nur grob oder tendenziell rechtfertigen könnte“, das Privatrecht zur Verhaltenssteuerung einzusetzen.⁹ In ähnlicher Weise spricht *Koziol* von „methodische[m] Heldenmut [...], mit dem ein derartiges Verständnis dem geltenden Schadenersatzrecht unterschoben wird“.¹⁰ *Honsell* warnt, „[d]as Überhandnehmen präventiver und zwingender und damit öffentlich-rechtlicher Normen im Privatrecht führt zu einer Aushöhlung desselben, die dessen Charakter schließlich vollständig verändert“.¹¹ Dass es sich dabei nicht lediglich um Einzelstimmen handelt, belegt der Umstand, dass noch der 66. Deutsche Juristentag im Jahr 2006 eine verhaltenssteuernde Funktion des Schadenersatzrechts und eine Lockerung des schadensrechtlichen Bereicherungsverbots mit großer Mehrheit abgelehnt hat.¹² Teilweise wird die Verhaltenssteuerung lediglich als *Hauptzweck* des Privatrechts zurückgewiesen; in diesem Sinne meint etwa *Larenz*, die Präventionswirkung taue zwar nicht zur Begründung des Haftungsrechts, könne aber als „erwünschtes Nebenprodukt der Schadenersatzpflicht“¹³ angesehen werden, und auf dem Juristentag fand sich eine Mehrheit für die These, dass die Prävention „in Sonderbereichen“ doch eine legitime Aufgabe des Schadenersatzrechts darstellen könne.¹⁴

Obwohl also Verhaltenssteuerung als Aufgabe des Privatrechts keineswegs unumstritten ist, scheint sich durch die intensive wissenschaftliche Beschäftigung nichtsdestotrotz die Akzeptanz der Steuerungsfunktion des Privatrechts – jedenfalls für den Bereich des außervertraglichen Schuldrechts¹⁵ – in den vergangenen Jahren signifikant erhöht zu haben.¹⁶ Maßgeblichen Anteil daran hat das wissenschaftliche Wirken von *Gerhard Wagner*, der das Thema auf den wesent-

⁸ *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 269 f.

⁹ *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 344 (zum „Strafschadenersatz“). Allgemein auch *ders.*, in: FS Raisch (1995), S. 7, 16 (Gefahr eines „staatliche[n] Totalitarismus“).

¹⁰ *Koziol*, AcP 212 (2012), 1, 51 (gegen die ökonomische Analyse des Rechts).

¹¹ *Honsell*, in: FS H.P. Westermann (2008), S. 315, 335 f.

¹² Siehe Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags, Abteilung Zivilrecht, Beschlüsse I.1.a): „Neben dem Ausgleich entstandener Schäden ist die Verhaltenssteuerung im Präventionsinteresse Aufgabe des Schadenersatzrechts im Allgemeinen“: abgelehnt 32:55:0; I.2.: „Das strikte Bereicherungsverbot ist zu relativieren. Der Ersatzanspruch kann in besonderen Fällen den beim jeweiligen Geschädigten eingetretenen Schaden übersteigen.“: abgelehnt 33:55:2.

¹³ *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 423.

¹⁴ Siehe Beschlüsse des 66. Deutschen Juristentags, Abteilung Zivilrecht, Beschluss I.1.b): „Neben dem Ausgleich entstandener Schäden ist die Verhaltenssteuerung im Präventionsinteresse Aufgabe des Schadenersatzrechts in Sonderbereichen“: angenommen 53:32:3.

¹⁵ Neben dem Deliktsrecht gilt insbesondere auch § 817 S. 2 BGB als Beispiel für eine verhaltenssteuernde Privatrechtsnorm; siehe dazu nur *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804 ff. Auch der BGH hat erst kürzlich die verhaltenssteuernde Tendenz des Konditionausschlusses betont, als er explizit auf dessen „generalpräventive Wirkung“ zur Verhinderung von Schwarzarbeit abgestellt hat; vgl. BGHZ 201, 1, 8; BGH NJW 2015, 2406 f.

¹⁶ So behandeln etwa mehrere aktuelle Habilitationsschriften das Haftungsrecht als Steuerungsinstrument; siehe *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht (2004), S. 409–571;

lichen Bühnen des deutschen Privatrechts – Juristentag, Zivilrechtslehrervereinigung, Münchener Kommentar zum BGB, Lehrbuch zum Deliktsrecht – mit einer Vielzahl weiterführender Argumente effektiv in Szene gesetzt hat.¹⁷ Daneben haben sich die ökonomische Analyse des Rechts und die Rechtsvergleichung (insbesondere mit den USA, wo die Verhaltenssteuerung ein fest etabliertes Element des Privatrechts bildet¹⁸) einen festen Platz in der Methodik des privaten Wirtschaftsrechts erobert. Nahezu jede größere Abhandlung im Gesellschafts-, Kapitalmarkt-, Lauterkeits- oder Kartellrecht bedient sich dieser Methoden.

Wenn in dieser Studie nun ein Perspektivwechsel gefordert und die Regulierungsperspektive als Mittel zu einem solchen eingeführt werden soll, kann daher leicht der Eindruck von Sensationshascherei entstehen, geht es doch scheinbar darum, alten Wein in neuen Schläuchen auf den wissenschaftlichen Markt zu werfen. Im Folgenden soll demgegenüber begründet werden, dass die Erfassung der verhaltenssteuernden Dimension des Privatrechts keineswegs abgeschlossen ist, dass vielmehr eine Reihe grundlegender Fragen noch der Beantwortung harren und dass solche Antworten nicht nur eine bloße Ausdifferenzierung bereits vorgezeichneter Argumente, sondern vielmehr einen echten Perspektivwechsel erfordern.

I. Zeit für einen Perspektivwechsel!

Privatrecht und Verhaltenssteuerung scheinen in einem Spannungsverhältnis zu stehen.¹⁹ Hier ein Rechtsgebiet, welches sich ausschließlich an Gleichgeordnete richtet,²⁰ dort ein übergeordneter staatlicher Lenkungsanspruch, der nicht auf individueller Zustimmung beruht und sich auch gegen den Willen und das Interesse des betreffenden Privatrechtssubjekts behauptet. Will man diesen Gegensatz nicht mit den eingangs zitierten Stimmen für unauflösbar erklären und den staatlichen Steuerungsanspruch kategorisch zurückweisen, scheint daher nur die Möglichkeit zu bleiben, das Spannungsverhältnis abzubauen; aufzuzeigen, wie beides trotz der vordergründigen Gegensätzlichkeit zusammengeht. Dazu sind verschiedene

Franck, Marktordnung durch Haftung, (2016); *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012).

¹⁷ Siehe *Wagner*, Gutachten A für den 66. DJT (2006); *ders.*, AcP 206 (2006), 352 ff.; *ders.*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), §§ 823 ff.; *Kötz / Wagner*, Deliktsrecht¹² (2013). *Wagner* hat zudem eine Vielzahl weiterer Abhandlungen zu einzelnen Aspekten des Themas Verhaltenssteuerung publiziert.

¹⁸ Dazu ausführlich unten S. 325 ff.

¹⁹ Vgl. etwa *Grundmann*, in: FS Hopt (2010), Bd. I, S. 61, 86.

²⁰ Ein wesentliches Erkenntnisinteresse dieser Arbeit besteht darin, das herkömmliche Verständnis von „Privatrecht“ auf den Prüfstand zu stellen und weiterzuentwickeln (siehe dazu insbesondere S. 325 ff. und 522 ff.). Wenn an dieser Stelle der Ausdruck „Privatrecht“ verwendet wird, liegt dem daher ein bewusst offenes Verständnis zugrunde, das keine inhaltlichen Einschränkungen vornimmt. Danach betrifft das Privatrecht die Ordnung der Individualrechtsverhältnisse, d. h. den Bereich formal rechtlicher Gleichordnung; so auch der verfassungsrechtliche Privatrechtsbegriff; siehe dazu ausführlich unten S. 223 ff.

Argumentationsmuster denkbar, die auch tatsächlich im wissenschaftlichen Diskurs anzutreffen sind. Zunächst besteht eine Möglichkeit darin, das Privatrecht in unterschiedliche Teilbereiche aufzuteilen. Auf der einen Seite steht dann das Bürgerliche Recht, der Hort der Freiheit, welcher der Verwirklichung von Privatautonomie dient, auf der anderen Seite das „Sonderprivatrecht“ oder „Wirtschaftsrecht“, ein Bereich, der ohnehin vom Öffentlichen Recht „überlagert“ wird, so dass es kaum noch einen Unterschied macht, wenn auch das Privatrecht direkt zur Steuerung eingesetzt wird.²¹ Eine radikalere Alternative, die insbesondere von Anhängern der ökonomischen Analyse des Rechts gewählt wird, besteht darin, auf das Faktum verhaltenssteuernder Effekte bestimmter privatrechtlicher Regelungen zu verweisen und auf dieser Grundlage den verhaltenssteuernden Einsatz der Normen durch Ablehnung alternativer Konzepte, die diese tatsächlichen Effekte nicht hinreichend erklären können, zu legitimieren.²² Dazu kann insbesondere die teleologische Auslegung fruchtbar gemacht werden.²³ Daneben ist es auch denkbar, die Spannung dadurch aufzulösen, dass das Privatrecht von einem Rechtsgebiet zu einem bloßen Rechtsdurchsetzungsmechanismus degradiert wird.²⁴ Unabhängig davon, welcher dieser Ansätze zur Versöhnung der Gegensätze Privatrecht und Verhaltenssteuerung gewählt wird – letztendlich ist Adressat stets die Zivilrechtsprechung. Dieser werden Vorschläge unterbreitet, wie bestimmte Privatrechtsmaterien, etwa die deliktsrechtliche Haftung in einem bestimmten Bereich des Wirtschaftslebens, so angewendet werden können, dass damit eine verhaltenssteuernde Wirkung erzielt wird. Das Verhältnis von Verhaltenssteuerung und Privatrecht wird damit aus einer rechtsinternen Perspektive betrachtet,²⁵ in welcher das Rechtssystem als extern vorgegeben erscheint.²⁶

Verhaltenssteuerung durch Recht ist jedoch ein Konzept, das ein Steuerungssubjekt und ein Steuerungsobjekt voraussetzt. Der Staat setzt das Privatrecht ein, um das Verhalten der Privatrechtssubjekte zu steuern. Für diesen Tatbestand soll in dieser Studie der Begriff „Regulierung“ verwendet werden. Als Steuerungssubjekt ist mit „Staat“ aber nicht primär das rechtsinterne Gerichtssystem ge-

²¹ In diese Richtung *L. Raiser*, in: ders. (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts* (1977), S. 208, 212; *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 231–237; *ders.*, in: FS Larenz (1973), S. 217 ff. Neuerdings auch *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht* (2012), S. 13. Kritisch dazu *Wagner*, *AcP* 214 (2014), 602, 606 f.

²² So etwa *Franck*, *Marktordnung durch Haftung* (2016), S. 54–104.

²³ In diese Richtung auch *Hellgardt*, *Kapitalmarktdeliktsrecht* (2008), S. 163–198.

²⁴ So etwa *Grundmann*, in: FS Hopt (2010), Bd. I, S. 61, 65 f.; *Poelzig*, *Normdurchsetzung durch Privatrecht* (2012), S. 24–43. Siehe auch *Burgi*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 2, der von „Rechtsregimen“ spricht.

²⁵ Grundlegend zur Unterscheidung von interner und externer Sichtweise auf das Recht *Hart*, *The Concept of Law* (1961), S. 86–88. Siehe auch bereits die Unterscheidung von juristischer (rechtsdogmatischer) und soziologischer Betrachtungsweise bei *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 368–373. Siehe im vorliegenden Zusammenhang auch *Mastronardi*, in: *Meier-Schatz* (Hrsg.), *Die Zukunft des Rechts* (1999), S. 163, 172–176.

²⁶ Dies gilt unabhängig davon, welcher Ursprung des Privatrechts angenommen wird, ob man etwa einer rechtspositivistischen oder einer naturrechtlichen Rechtsbegründung folgt.

meint, sondern diejenige Instanz, die mit regulatorischer Intention Privatrecht setzt, also der Gesetzgeber. Anders als die Zivilgerichte, denen eben vorrangig die Aufgabe zukommt, Zivilrechtsstreitigkeiten zu entscheiden, ist der Gesetzgeber eine privatrechtsexterne Instanz, da er zwar den Vorgaben der Verfassung untersteht, nicht aber denen des geltenden Privatrechts. Aus Sicht des Gesetzgebers, der ein bestimmtes Regulierungsziel verfolgt, handelt es sich beim Privatrecht um ein potentielles Regulierungsmittel, jedoch keineswegs um das einzige. Der Gesetzgeber kann – im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen – frei entscheiden, ob er ein bestimmtes Regulierungsziel mit Mitteln des Privatrechts, des Verwaltungsrechts oder des Strafrechts erreichen möchte. Die Regulierungssichtweise nimmt deshalb zunächst eine rechtsexterne Perspektive auf das Privatrecht ein. Sofern man nicht die Kompetenz des Gesetzgebers zum Erlass von Privatrecht als solche bestreiten wollte,²⁷ bedeutet dies – allein als wertfreie Beschreibung verstanden –, dass das Privatrecht zu einem „Instrument“ des Gesetzgebers wird. Der erste Bestandteil des angekündigten Perspektivwechsels besteht also darin, von der rechtsinternen, auf die Zivilgerichte fokussierten, Sichtweise zum rechtsexternen Standpunkt des Gesetzgebers zu wechseln.

Die Konsequenzen eines solchen Perspektivwechsels sind weitreichender als es auf den ersten Blick erscheinen mag. Aus Sicht des Gesetzgebers, der das bestehende Privatrecht zur Erreichung seiner Regulierungsziele ändern kann, haben Kategorien wie „Sonderprivatrecht“ oder „Wirtschaftsrecht“ in Abgrenzung zum klassischen „Bürgerlichen Recht“ keinerlei begrenzende Funktion. Maßgeblich sind lediglich das konkrete Regulierungsziel und eventuelle Grenzen, die das Grundgesetz oder das Unionsrecht vorgeben. Es ist deshalb kein Grund erkennbar, weshalb der Gesetzgeber nicht auch im Familienrecht Regulierung betreiben sollte, im Vertragsrecht oder im Sachenrecht. Auch kann nicht nur der Rechtsbehelf des Schadensersatzes dazu eingesetzt werden, regulatorische Wirkungen zu erzielen, sondern grundsätzlich jede denkbare privatrechtliche Rechtsfolge. Als zweiter Bestandteil des Perspektivwechsels ergibt sich daraus ein einheitliches Privatrechtskonzept – Privatrecht als Inbegriff privatrechtlicher Regulierungsformen in Abgrenzung zu den Formen des Öffentlichen Rechts.

In der Regulierungsperspektive besteht deshalb auch keinerlei Spannungsverhältnis zwischen Verhaltenssteuerung und Privatrecht. Privatrecht ist dann verhaltenssteuernd, wenn der Gesetzgeber es zur Regulierung einsetzt – oder wenn der Gesetzgeber die Gerichte, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen, durch den Erlass von Generalklauseln oder auf andere Weise, dazu ermächtigt, selbständig Regulierung zu betreiben. Verhaltenssteuerung ist daher auch nicht primär eine Frage der Rechtsanwendung, etwa der teleologischen Auslegung.

²⁷ Soweit ersichtlich, vertritt heutzutage niemand diese Auffassung. Gerade zu Beginn der Kodifikationsbewegung gab es aber auch Stimmen, die dem Gesetzgeber das Recht zur inhaltlichen Gestaltung des Privatrechts absprechen und ihn auf die Wiedergabe (naturrechtlich) vorgegebener Prinzipien beschränken wollten; vgl. z. B. *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere (1789), S. 120.

Selbstverständlich kommt den Zivilgerichten eine zentrale Bedeutung für den regulatorischen Einsatz des Privatrechts zu; diese besteht aber hauptsächlich darin, die regulatorische Intention des Gesetzgebers in praktische, regulierende Rechtsfolgen umzusetzen. Indessen ist nicht alles Privatrecht Regulierung. Vielmehr stellt sich die Aufgabe, den regulatorischen Einsatz des Privatrechts von nichtregulatorischen Einsätzen zu unterscheiden. Da das Spezifikum der Regulierungsperspektive darin besteht, den Blickwinkel des Gesetzgebers einzunehmen, liegt es nahe, diese Abgrenzung primär anhand der gesetzgeberischen Intention vorzunehmen. Ein weiterer Bestandteil des Perspektivwechsels kommt hinzu, wenn diese Abgrenzung nicht privatrechtsspezifisch, sondern mit Bezug auf die gesamte Rechtsordnung gedacht wird – verhaltenssteuerndes versus nichtverhaltenssteuerndes Recht als privatrechtstranszendierende Abgrenzung.

Regulierung als Einsatz des Privatrechts zur Verhaltenssteuerung ist keineswegs eine neue Erscheinung. Im weiteren Verlauf dieser Studie soll gezeigt werden, dass bereits der historische BGB-Gesetzgeber eine Vielzahl regulatorischer Ziele verfolgte.²⁸ In der rechtsdogmatischen Diskussion spielen derartige Ziele des Gesetzgebers aber regelmäßig keine Rolle, was auch daran liegen mag, dass der regulatorische Einsatz des Privatrechts meist kaschiert wird. Demgegenüber zeigt ein aktuelles Beispiel aus England einen sehr viel offensiveren öffentlichen Umgang mit dem regulatorischen Einsatz des Privatrechts. Dort wurde im Februar 2015 von der Queen der „Social Action, Responsibility and Heroism Act 2015“ ausgefertigt, dessen wichtigster von vier Paragrafen vorsieht, dass bei der Bewertung der Frage, ob eine Handlung fahrlässig war, zu berücksichtigen ist, ob der Betreffende „was acting heroically by intervening in an emergency to assist an individual in danger“.²⁹ In seinem Regelungsgehalt entspricht dies dem § 680 BGB, der aber im Allgemeinen nicht als staatliches Instrument zur Förderung privaten Heldentums wahrgenommen oder gar entsprechend beworben wird.³⁰ Allerdings geht auch der deutsche Gesetzgeber in letzter Zeit offensiver mit dem regulatorischen Einsatz des Privatrechts um. So wurde etwa vor kurzem das Mietrecht mit dem Ziel reformiert, der so genannten „Energiewende“ zum Durchbruch zu verhelfen, indem privatrechtliche Hindernisse für energetische Sanierungen von Wohngebäuden (insbesondere Widerspruchs- und Mietminderungsrechte der Mieter) ausgeschlossen wurden (vgl. §§ 536 Abs. 1a, 555d Abs. 1 BGB). In der Gesetzesbegründung führt der Gesetzgeber dazu aus, die Aufgabe des Mietrechts (neben dem Interessenausgleich zwischen Vermietern und Mietern) bestehe auch

²⁸ Siehe insbesondere unten S. 120 ff.

²⁹ Bei der dritten Lesung im House of Lords machte sich insbesondere *Lord Pannick* über den Gesetzeswortlaut lustig, indem er ausführte: „[T]he Lord Chancellor [...] has told us [...] that men and women up and down the land [...] are preparing themselves for acts of heroism, waiting only to receive the message that Parliament has approved this Bill to remove the concerns that they otherwise have about litigation.“; HL Deb 6 January 2015, vol 758, cols 261–262.

³⁰ Von einer „Ermutigung zu Hilfeleistungen in Notsituationen“ ist immerhin die Rede bei *Seiler*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 680 Rn. 1.

darin, „die Ziele der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes zur bestmöglichen Entfaltung bringen“.³¹ Damit ist ein weiterer wesentlicher Bestandteil des Perspektivwechsels beschrieben: Aus Sicht des Gesetzgebers ist das Privatrecht keineswegs darauf beschränkt, die Interessen der beteiligten Privaten in einen angemessenen Ausgleich zu bringen; Privatrecht kann vielmehr für jedes verfassungsrechtlich legitime Regulierungsziel eingesetzt werden.

Nachdem auf diese Weise der Stand der Forschung und ein paar wesentliche Aspekte, in denen sich der in dieser Studie zu entwickelnde Ansatz davon abgrenzt, schlagwortartig herausgegriffen wurden, soll im Folgenden der Aufbau der Arbeit erläutert werden.

II. Elemente des Perspektivwechsels: Aufbau der Untersuchung

Die Studie besteht aus vier Hauptteilen. Während die ersten beiden Teile durch die erwähnte externe Sichtweise auf das (Privat-)Recht gekennzeichnet sind, stellen die beiden letzten Teile die Frage, welche Konsequenzen daraus für die Akteure innerhalb des Rechtssystems folgen, transformieren also Ergebnisse der externen Sichtweise in rechtsinterne Kategorien.

Der 1. Teil dient der Begriffsklärung und Bestandsaufnahme. Wie schon erwähnt, muss eine Untersuchung zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts zunächst ein Kriterium dafür entwickeln, wann eine Norm des Privatrechts Ausdruck von Regulierung ist und wann nicht. Damit zusammenhängend muss aufgezeigt werden, welchen inhaltlichen Charakter solche Privatrechtsnormen haben, die *nicht* regulatorisch sind. Erforderlich ist also eine Klärung des Konzepts „Regulierung“, die dieses für den rechtswissenschaftlichen Einsatz durch ein Kriterium zur Identifikation verhaltenssteuernden (Privat-)Rechts operationalisiert. Erst auf Grundlage eines solchen Unterscheidungskriteriums ist es sodann möglich, im geltenden Recht Elemente regulatorischen Privatrechts zu identifizieren. Dabei werden zwei Kerngebiete des Bürgerlichen Rechts – das Kaufrecht und das Sachenrecht – als Hauptreferenzgebiete herangezogen. Ein Überblick über regulatorische Elemente in weiteren Bereichen des Bürgerlichen Rechts und des Sonderprivatrechts rundet die Bestandsaufnahme ab. Ziel ist es, anhand einer Vielzahl höchstrichterlicher Urteile, aber auch gesetzgeberischer Konzeptionen von Teilen des Privatrechts, zu belegen, dass in der Rechtspraxis regulatorische Elemente im Privatrecht ubiquitär sind und nicht lediglich eine zu vernachlässigende Randerscheinung oder eine Besonderheit des „Wirtschaftsrechts“ darstellen.

Im 2. Teil wird eine rechtsdogmatische Einordnung des gefundenen rechtstatistischen Ergebnisses vorgenommen. Da der Gesetzgeber als regulierende Instanz nicht an das bestehende Privatrecht gebunden ist, sind die rechtlichen Maß-

³¹ Begr. RegE, BT-Drucks. 17/10485, S. 13.

stöße für den regulatorischen Einsatz des Privatrechts im Recht der Europäischen Union und im Grundgesetz zu suchen. Es soll im Detail dargelegt werden, in welchem unions- und verfassungsrechtlichen Rahmen sich der Gesetzgeber bewegt, wenn er Privatrecht zu Regulierungszwecken einsetzt. Dazu wird zunächst das primäre und sekundäre Unionsrecht untersucht, wobei insbesondere auf die unionsrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Durchsetzung europarechtlich begründeter Rechtspositionen einzugehen ist. In einem zweiten Schritt sind die aus dem Staatsrecht folgenden Vorgaben für die Verhaltenssteuerung durch Privatrecht zu ergründen. Dabei geht es nicht nur um die Frage, ob aus staatsrechtlicher Sicht der Gesetzgeber berechtigt ist, mit dem Privatrecht Steuerungswirkungen zu erstreben, sondern vor allem auch darum, ob das Privatrecht einen „Modus der Aufgabenwahrnehmung“ darstellt, mittels dessen der Gesetzgeber Staatsaufgaben erfüllen darf. Schließlich ist zu untersuchen, welche Grenzen die Grundrechte dem regulatorischen Einsatz von Privatrecht und der Durchführung der Regulierungsfunktion durch die Zivilgerichte setzen.

Nach dieser rechtstatsächlichen Bestandsaufnahme und Einordnung in das höherrangige Recht sind in den letzten zwei Teilen die daraus für die Rechtswissenschaft, die Gesetzgebung und die Rechtsprechung folgenden Konsequenzen zu entwickeln.

Der 3. Teil befasst sich mit den Konsequenzen für die Rechtswissenschaft. Ausgangspunkt ist der Befund, dass eine Diskrepanz besteht zwischen der tatsächlichen Bedeutung der Regulierung im Privatrecht, wie sie im 1. Teil belegt wurde, und ihrer theoretischen Reflexion in der Rechtswissenschaft. Kontrastiert man die deutsche Art und Weise, Rechtswissenschaft zu betreiben, mit der Herangehensweise der US-amerikanischen Rechtswissenschaft, die das Privatrecht primär als Steuerungsinstrument begreift, zeigt sich, dass es sich nicht um einen Zufall handelt, sondern dass es privatrechtswissenschaftstheoretische Gründe gibt, weshalb die deutsche Rechtsdogmatik Privatrecht und Regulierung als Spannungsverhältnis auffasst. Um demgegenüber die (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft zu etablieren, müssen diese Ursachen ergründet und das Konzept der Regulierung innerhalb der Privatrechtswissenschaft verankert werden. Dazu ist es erforderlich, den Ursprüngen des vorherrschenden Privatrechtsverständnisses im 19. Jahrhundert auf den Grund zu gehen und zu zeigen, durch welche wissenschaftstheoretischen Entscheidungen die Steuerungsperspektive aus dem das Fach charakterisierenden materialen Privatrechtsbegriff ausgeschieden wurde. Auf dieser Grundlage ist es möglich, die bestehende Privatrechtswissenschaft um die Regulierungsperspektive als Ausdruck einer folgenorientierten Rechtswissenschaft zu erweitern. Um die konkreten Einsatzmöglichkeiten der Regulierungstheorie zu veranschaulichen, sind Elemente einer rechtswissenschaftlichen Methode zur Analyse regulatorischen (Privat-)Rechts zu skizzieren. Dabei bestätigt sich erneut, dass Regulierung als Verhaltenssteuerung durch Recht kein auf das Privatrecht beschränktes Phänomen ist, sondern alle drei Teilrechtsordnungen erfasst. Dies wirft die Frage nach dem Selbstverständnis des Privatrechts

bzw. der Privatrechtswissenschaft mit neuer Dringlichkeit auf. Dabei zeigt sich, dass die vorschnelle Identifizierung des Privatrechts mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzip der Privatautonomie wesentlich zu einem verengten Verständnis des Rechtsgebiets beigetragen hat. Aber auch bei einer Erweiterung in Richtung Regulierung bleibt die Privatinitiative als Kern des Privatrechts erhalten, nur in einem anderen Kontext als dies üblicherweise angenommen wird.

Der 4. Teil beschäftigt sich mit den Auswirkungen des Regulierungsansatzes für Gesetzgebung und Rechtsprechung. Obwohl Regulierung aus Sicht der Gesetzgebungspraxis eine Selbstverständlichkeit darstellt, fehlt es bislang an einer adäquaten theoretischen Aufbereitung. Ein erster Schritt zu einer solchen praktischen Gesetzgebungstheorie bildet der Vergleich privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Regulierungsinstrumente aus Sicht des Gesetzgebers, der ein konkretes politisches Ziel erreichen möchte. In welchen Situationen sollte er auf privatrechtliche Instrumente zurückgreifen, wann auf Verwaltungsrecht und welche Herausforderungen lassen sich nur durch den Einsatz abschreckenden Strafrechts meistern? Auch Vor- und Nachteile einer Kombination unterschiedlicher Instrumente sind zu ergründen. Rechtliche Vorgaben folgen wiederum aus der Verfassung, konkret aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der den Gesetzgeber zum Einsatz des relativ mildesten Mittels verpflichtet. Auf dieser Grundlage lässt sich sodann der Stellenwert des Privatrechts im regulatorischen „Baukasten“ des Gesetzgebers taxieren.

Abschließend ist zu untersuchen, welche Konsequenzen aus der Regulierungsperspektive für die gerichtliche Anwendung des Privatrechts folgen. Die Zivilgerichte bilden den entscheidenden Faktor für die praktische Wirksamkeit des regulatorischen Privatrechts. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem Grundfall des regulatorischen Privatrechts, dass der Gesetzgeber mit einer Privatrechtsnorm ein verhaltenssteuerndes Ziel verfolgt, und dem Sonderfall der eigenständigen Regulierung durch die Gerichte. In beiden Fällen besteht die Aufgabe der Gerichte darin, die Steuerungsziele des Gesetzes möglichst effektiv in praktische Rechtsfolgen umzusetzen. Obwohl dies in der Praxis bereits vielfach geschieht, wird eine solche Rechtsanwendung häufig hinter dogmatischen Begründungen „versteckt“. Es ist deshalb zu untersuchen, welche Anpassungen der Rechtsanwendungsmethodik erforderlich sind, um eine sachgerechte Anwendung regulatorischen Privatrechts zu ermöglichen. Im zweiten Fall, der eigenständigen Regulierung durch die Gerichte, geht es zusätzlich darum, die verfassungsrechtlichen und methodischen Anforderungen an eine solche, im Kern rechtsfortbildende, Tätigkeit auszuloten. In beiden Fällen spielen die prozessrechtlichen und institutionellen Voraussetzungen eine wichtige Rolle, so dass außerdem zu untersuchen ist, welchen Rahmen das geltende Recht den Zivilgerichten bietet, die methodischen Möglichkeiten und Vorgaben der privatrechtlichen Verhaltenssteuerung auszuschöpfen.

Die Studie schließt mit einer kurzen Reflexion zu der Frage, welche Implikationen die erzielten Ergebnisse jenseits des privatrechtlichen Kontextes haben.

1. Teil

Privatrecht als Regulierungsrecht

Die Untersuchung beginnt mit einer Bestandsaufnahme dazu, wie und in welchem Umfang das Privatrecht tatsächlich zur Verhaltenssteuerung eingesetzt wird. Diese „Inventur“ soll den Rahmen und den Hintergrund für die nachfolgenden theoretischen Untersuchungen bilden.

Um eine solche Bestandsaufnahme durchführen zu können, bedarf es zunächst eines theoretischen Konzepts, mittels dessen sich verhaltenssteuernde und nicht-verhaltenssteuernde Elemente im Privatrecht bzw. im Recht allgemein klassifizieren und erkennen lassen. Zentraler Bestandteil dieses Rahmens ist das Konzept der Regulierung. Obwohl der Ausdruck „Regulierung“ intuitiv verständlich erscheint,¹ werden in der deutschen Rechtswissenschaft eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Definitionen und Konzepte diskutiert;² teils wird der Begriff auch abgelehnt.³ Bevor die Regulierung mittels Privatrecht näher untersucht wird, ist deshalb zunächst zu klären, was damit im vorliegenden Zusammenhang gemeint ist. Dabei soll es nicht um terminologische Dispute, sondern um die Entwicklung des der Arbeit zugrunde liegenden Konzepts gehen: Regulierung soll als Schlüsselbegriff⁴ herausgearbeitet werden, der eine neue rechtstheoretische Sichtweise auf das (Privat-)Recht ermöglicht (dazu § 2). Auf dieser Grundlage sollen anschließend zwei Kernmaterien des Bürgerlichen Rechts, das Kaufrecht und das Sachenrecht, auf regulatori-

¹ So erfasst beispielsweise die Lexikon-Definition bereits wesentliche Elemente. Dort wird „Regulierung“ wie folgt definiert: „[D]ie Verhaltensbeeinflussung von Unternehmen durch staatliche Vorschriften, um wirtschaftspolitisch erwünschte Marktergebnisse herbeizuführen. Im weiteren Sinn wird jede Art von wirtschaftspolitischen Lenkungs Eingriffen als Regulierung bezeichnet. Im engeren Sinn sind direkte Gebote oder Verbote gemeint, die auf das einzelwirtschaftliche Handeln zielen.“; Brockhaus-Enzyklopädie²¹ (2006), s. v. Regulierung.

² Siehe für rechtswissenschaftliche Definitionen des Begriffs „Regulierung“ u. a. *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses (2007), S. 57; *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 39; v. *Danwitz*, DÖV 2004, 977 ff.; *Eifert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 19 Rn. 10; *Jarass*, in: Daintith (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy (1988), S. 75, 77–80; *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften (2004), S. 14–15; *Kumpan*, Die Regulierung außerbörslicher Wertpapierhandelssysteme im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht (2006), S. 45; *H. C. Röhl*, JZ 2006, 831, 832; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (2010), § 7 Rn. 58; *Schorkopf*, JZ 2008, 20, 21 f.; *Stober*, in: FS Scholz (2007), S. 943, 945; *Vofßkuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 304 mit Fn. 156; monographisch *Klaus*, De-, Regulierung (2007).

³ *H. C. Röhl*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (2010), § 18 Rn. 33–38 (mit Bezug auf die „Finanzmarktregulierung“).

⁴ Zur Arbeit mit Schlüsselbegriffen siehe nur *Baer*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft (2004), S. 223, 225–228.

sche Elemente untersucht werden. Es zeigt sich, dass der Einsatz von Privatrecht zur Verhaltenssteuerung kein vereinzeltes oder zufälliges Phänomen ist, sondern eine prominente Rolle im Bürgerlichen Recht einnimmt (dazu § 3). Aufbauend auf diesen Befund werden beispielhaft regulatorische Elemente in weiteren Bereichen des Bürgerlichen Rechts und des so genannten Sonderprivatrechts aufgezeigt (dazu § 4), um so die These zu plausibilisieren, dass Verhaltenssteuerung in der Praxis des Privatrechts eine Dimension angenommen hat und eine Wichtigkeit besitzt, die sich bislang nicht in der rechtswissenschaftlichen Reflexion spiegeln.

§ 2 Regulierung als Schlüsselbegriff

Der Ausdruck „Regulierung“ hat seinen Ursprung außerhalb der deutschen Rechtswissenschaft. Es handelt sich um ein zunächst sozialwissenschaftliches Konzept, das über den angloamerikanischen Rechtskreis dann auch in die deutsche Rechtsterminologie Einzug gehalten hat. Zum besseren Verständnis sollen daher zuerst Herkunft und Entstehung des Regulierungsbegriffs kurz nachvollzogen werden (unter I.). Derart gerüstet soll dann das Spezifische am Regulierungsbegriff, wie er in dieser Arbeit verwendet wird, herausgearbeitet werden. Dazu wird die Regulierungsfunktion des Rechts von seinen anderen Funktionen abgegrenzt (unter II.). Schließlich wird der Zusammenhang von Regulierung und Privatrecht präzisiert (unter III.).

I. Herkunft und Entstehung des Regulierungsbegriffs

Das Konzept der „Regulierung“ ist für die deutsche Rechtswissenschaft relativ neu.¹ Dies scheint vor allem darin begründet zu sein, dass sich die Rechtswissenschaft in Deutschland in ihrem Kern als „Rechtsdogmatik“ versteht.² Rechtsdogmatik nimmt ihren Ausgangspunkt beim bestehenden Recht – sei es niedergelegt in Gesetzen, sei es ungeschriebenes Gewohnheitsrecht, sei es durch die Wissenschaft zu ergründendes Naturrecht –, legt dieses aus und systematisiert es.³ Damit beschränkt sich die Rechtsdogmatik darauf, den normativen Sinngehalt des Rechts zu ergründen und fortzuentwickeln; sie trifft hingegen keine Aussagen über die Wirkungsweise des Rechts.⁴ Fast alle Regulierungsbegriffe beziehen sich

¹ *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung⁴ (2011), S. 171; *Basedow*, in: FS Immenga (2004), S. 3, 4; *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht (1990), S. 48.

² Siehe etwa *Dreier*, RTh 2 (1971), 37, 41; *Jestaedt*, JZ 2012, 1, 2 f.; *Schoch*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7 (2007), S. 177, 209; einschränkend aber *Hassemer*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 3, 11 f. Ausführlich zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik unten S. 420 ff.

³ Statt aller *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 25–35, 263–318.

⁴ Anders wohl *Grzeszick*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 97, 101 f., dem zufolge „sowohl die Rechtsdogmatik als auch die Steuerungswissenschaften die Setzung, Auslegung und Anwendung des Rechts steuern.“ Diese Formulierung setzt aber die Steuerung der Gesellschaft einerseits und die methodische Präformierung juristischer Rechtsanwendung andererseits in unzulässiger Weise gleich.

aber in der einen oder anderen Weise darauf, dass das Verhalten von Menschen (zumeist im wirtschaftlichen Kontext) durch Rechtsnormen beeinflusst werden soll. Die Erforschung der Wirkungen von Rechtsnormen wird an den deutschen juristischen Fakultäten traditionell der Rechtssoziologie zugewiesen,⁵ die aber nicht hermeneutisch arbeitet, sondern ihre Methoden aus den (empirischen) Sozialwissenschaften bezieht.⁶

Daneben ist die Wirkung des Rechts auch originärer Gegenstand verschiedener Sozialwissenschaften. Diese beschäftigen sich bereits seit längerem sowohl theoretisch als auch empirisch mit staatlicher Steuerung und Regulierungsprozessen. Im angloamerikanischen Bereich haben die dabei entwickelten Regulierungstheorien, insbesondere ökonomische Theorien, frühzeitig Eingang in die Rechtswissenschaft gefunden, wo sie auf einen originär rechtlichen Begriff der „regulation“ gestoßen sind. Ausgehend vom Phänomen der „Deregulierung“ im Bereich der so genannten „Netzwirtschaften“ sowie einer Neuorientierung der Verwaltungsrechtswissenschaft hat der Regulierungsbegriff dann auch im deutschen Öffentlichen Recht Eingang gefunden.

1. Sozialwissenschaftliche Regulierungsbegriffe

Der Begriff „Regulierung“ und der englische Ausdruck „regulation“ kommen in vielerlei Ausprägungen in verschiedenen Sozialwissenschaften vor. Dies ist wenig verwunderlich, wenn man sich vergewärtigt, dass „regulieren“ etymologisch nicht nur den gleichen Ursprung wie „Regel“ hat, sondern auch eng verwandt ist mit „regieren“.⁷ Eine Reihe von Forschungsfeldern der Politikwissenschaft und der Soziologie beschäftigen sich explizit mit „Regulierung“ oder mit ähnlichen Phänomenen wie der staatlichen Steuerung oder der Implementierung von Politiken, die im Englischen oft als „regulation“ bezeichnet werden. Hinzu kommen ökonomische Theorien der Regulierung. Im Einzelnen sind diese disziplinären Grenzen allerdings häufig unklar und einige Theorien – etwa die so genannte Governance-Forschung⁸ – verstehen sich als fächerübergreifenden Ansatz.

⁵ Siehe etwa *Rehbinder, Rechtssoziologie*⁷ (2009), S. 2 („Recht als Regulator gesellschaftlichen Handelns“).

⁶ Ausführlich zu den empirischen Methoden der Rechtssoziologie *K. F. Röhl, Rechtssoziologie* (1987), S. 105–118.

⁷ „Regulieren“ stammt aus dem Mittelhochdeutschen und geht auf das spätlateinische „regulare“, eine Ableitung des lateinischen „regula“, zurück. „Regula“ hat die Bedeutung „Richtholz, Richtschnur, Maßstab, Regel“ und bildet auch die Grundlage des Wortes „Regel“. Das dazugehörige Verb „regere“ ist wiederum Grundlage des deutschen Verbs „regieren“; Duden, *Das Herkunftswörterbuch*⁴ (2006), s. v. Regel und s. v. regieren. Ausführlich zur historischen Begriffsentwicklung *Klaus, De-, Regulierung* (2007), S. 36 f., 53–61.

⁸ Zum interdisziplinären Charakter der Governance-Forschung *Dixit*, 99 AER 3, 6 (2009).

a. Politikwissenschaftliche Ansätze

Das Konzept der Regulierung bzw. regulation spielt für sehr unterschiedliche Teilbereiche der Politikwissenschaft eine Rolle.⁹ Besonders fruchtbar für den vorliegenden Zusammenhang sind Ansätze aus dem Bereich der so genannten policy-Forschung¹⁰, die sich mit den Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung durch Recht beschäftigen.

Historisch betrachtet kann man verschiedene Phasen der politikwissenschaftlichen Auseinandersetzung mit staatlicher Steuerung unterscheiden, die auch zugleich einen Wandel des zugrundeliegenden Staatsverständnisses¹¹ zeigen.¹² In der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg, vor dem Hintergrund der Weltwirtschaftskrise Ende der 1920er Jahre und angetrieben durch das Auftreten der sowjetischen Planwirtschaft, erlebte das Thema der staatlichen Planung eine erste Hochphase („Planungseuphorie“).¹³ Nachdem in der Bundesrepublik der Nachkriegszeit zunächst Zurückhaltung gegenüber staatlichen Eingriffen in die Wirtschaft geherrscht hatte, brachte die Wirtschaftskrise 1966 das Thema Steuerung wieder in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Vor dem Hintergrund des allgemeinen technischen Fortschrittsglaubens entwickelte sich die Idee eines „technische[n] Staat[s]“¹⁴, so dass die Aufgabe der policy-Forschung vor allem darin gesehen wurde, die institutionellen Voraussetzungen staatlicher Steuerung zu erforschen („Planungsoptimismus“).¹⁵ Nachdem sich in der Praxis die Erwartungen an eine derart weitreichende Steuerungsfähigkeit des Staates als übertrieben erwiesen hatten, machte sich auch in der Politikwissenschaft allgemeine Ernüchterung

⁹ Für einen Überblick siehe *Dreher*, in: Nohlen/Schultze (Hrsg.), *Lexikon der Politikwissenschaft*³ (2005), Bd. II, S. 852 ff. Allgemein zum Recht als Gegenstand der Politikwissenschaft *M. Becker/Zimmerling*, PVS Sonderheft Nr. 36 (2006), S. 9, 15–19.

¹⁰ In der Politikwissenschaft wird der Bereich der Politik üblicherweise in drei Unterfelder aufgeteilt: „polity“ bezeichnet die politischen Strukturen und Institutionen (u. a. auch die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Politik); „politics“ bezeichnet den politischen Prozess selbst; „policy“ bezeichnet schließlich den in verschiedene Politikfelder unterteilten Inhalt der Politik; siehe *Kevenhörster*, *Politikwissenschaft*, Bd. I³ (2008), S. 27–30. Als grundlegend für die policy-Forschung gilt der Sammelband *Lerner/Laswell* (Hrsg.), *The Policy Sciences* (1951). Auf Deutsch wird manchmal der Ausdruck „Politikfeldanalyse“ synonym verwendet, siehe *Blum/Schubert*, *Politikfeldanalyse*² (2011), S. 14–17.

¹¹ Dazu *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt* (2013), S. 67 f. m. w. N.

¹² Zum Folgenden *Braun*, in: Nohlen/Schultze (Hrsg.), *Lexikon der Politikwissenschaft*³ (2005), Bd. II, S. 971, 972–976; *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 29; *Jann*, PVS 50 (2009), 476 ff. Siehe auch *Hellgardt*, in: *JbJgZivRWiss* 2011 (2012), S. 97, 99 f. (zu Parallelentwicklungen im Bereich Law & Development).

¹³ Siehe etwa das Eingangsstatement zur 1938 abgehaltenen US-amerikanischen „National Conference on Planning“ von *Kizer*, in: *American Society of Planning Officials* (Hrsg.), *Proceedings of the National Conference on Planning* (1938), S. 1, 3: „In a world where plenty can be realized, a cooperative study of the facts and a cooperative planning of policies is the only program men can use if they are to go forward.“

¹⁴ *Schelsky*, in: ders. (Hrsg.), *Auf der Suche nach Wirklichkeit* (1965), S. 439, 453.

¹⁵ Ausführliche Darstellung bei *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 42, 51–55.

breit („Planungspessimismus“).¹⁶ In der Folge verfeinerte sich die Analyse der Voraussetzungen und Schwierigkeiten staatlicher Steuerung. So untersuchte die so genannte Implementationsforschung beispielsweise die Schwierigkeiten beim staatlichen Gesetzesvollzug (so genanntes „Vollzugsdefizit“).¹⁷ Etwas später wurde die so genannte „Gesetzesfolgenabschätzung“ entwickelt, die vor, während und im Nachgang der Gesetzgebungstätigkeit die tatsächlichen Auswirkungen geplanter oder bestehender Gesetze ergründet (prospektive, begleitende und retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung).¹⁸

Zwischenzeitlich ist der Planungspessimismus einer differenzierten Haltung gewichen, ohne dass sich in der policy-Forschung ein neuer Mainstream zum Thema staatliche Steuerung herausgebildet hätte. Einerseits hat sich die Analyse von der Makro- auf die Mikroebene verschoben, so dass das Interesse nun nicht mehr groß angelegten Planungsprogrammen, sondern den einzelnen Steuerungsinstrumenten gilt (so genannter policy tool-Ansatz). Andererseits wurde die Perspektive vom Verhältnis Staat-Bürger (government) hin zu weiteren Ebenen und Akteuren der Steuerung erweitert (governance).

aa. Instrumentenanalyse

Die moderne policy-Forschung betrachtet den Prozess der politischen Problemlösung im Sinne eines Zyklus (policy cycle):¹⁹ sie unterscheidet die Schritte agenda-setting, policy formulation, decision making, policy implementation und policy evaluation.²⁰ Während sich die Forschung in den 1960er und 70er Jahren zunächst auf die Analyse groß angelegter Gesamtprogramme (etwa Armutsbekämpfung, Umweltschutz usw.) gestützt hatte, geschah Anfang der 80er Jahre ein entscheidender Wechsel hin zur Analyse von einzelnen Instrumenten (policy tools), die im Rahmen der policy formulation als Baustein für jede Art von Programm fruchtbar gemacht werden können.²¹

¹⁶ Siehe auch die Einleitung von Mayntz, in: Ellwein/Hesse/Mayntz u. a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft (1987), S. 89 ff., die auf die Diagnosen der „Unregierbarkeit“, der „Krise des Wohlfahrtsstaates“ und auf das „staatliche Steuerungsversagen“ Bezug nimmt.

¹⁷ Siehe insbesondere den Sammelband Mayntz (Hrsg.), Implementation politischer Programme II (1983). Aus internationaler Sicht siehe Howlett/Ramesh/Perl, Studying Public Policy³ (2009), S. 163–165.

¹⁸ Programmatisch Böhret, in: FS Helmrich (1994), S. 487 ff.; umfassende Darstellung bei Böhret/Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) (2001); im Zusammenhang von better regulation Konzendorf, PVS Sonderheft Nr. 36 (2006), S. 540 ff. Dieser Forschungsansatz hat auch in die Praxis Einzug gehalten; siehe insbesondere den von der Bundesregierung herausgegebenen Leitfaden Böhret/Konzendorf, Moderner Staat – Moderne Verwaltung (2000).

¹⁹ Diese Ansätze gehen letztlich auf Harold Lasswell, einen der Gründerväter der policy-Forschung (siehe oben S. 17, Fn. 10), zurück. Ein typisches Beispiel ist der Ansatz von Brewer, Policy Sciences 5 (1974), 239, 240.

²⁰ Howlett/Ramesh/Perl, Studying Public Policy³ (2009), S. 12 f.

²¹ Zum Unterschied von Programmen und Instrumenten siehe etwa Blum/Schubert, Politikfeldanalyse² (2011), S. 85; siehe auch bereits Mayntz, Policy & Politics 11 (1983), 123, 126–129.

Für diesen Paradigmenwechsel stehen die Beiträge von *Lester Salamon*²² und *Christopher Hood*²³. Der Letztgenannte entwickelte eine erste Klassifizierung staatlicher Steuerungsinstrumente, den so genannten „NATO-Ansatz“²⁴. Aufbauend auf diese Klassifizierungsansätze hat sich eine weitläufige Forschung zur komparativen Analyse unterschiedlicher Instrumente staatlicher Steuerung entwickelt.²⁵ So hat alleine *Salamon* zwei Sammelbände zur Analyse unterschiedlicher Steuerungsinstrumente herausgegeben;²⁶ dazu kommen eine Reihe weiterer Kollektionen anderer policy-Forscher.²⁷ Alle diese Bände enthalten Beiträge zum Einsatz von „Regulierung“.²⁸ Auch das Thema „Law as an Instrument of Economic Policy“ ist bereits Gegenstand umfangreicher Studien geworden.²⁹ In Anbetracht dieses Fokus auf „Regulierung“ ist es üblich geworden, in Taxonomien staatlicher Steuerungsinstrumente „Regulierung“ als eigene Kategorie aufzuführen.³⁰ In neueren steuerungswissenschaftlichen³¹ Arbeiten wird „Regulierung“ noch weiter ausdifferenziert, etwa zwischen hoheitlicher Regulierung

²² *Salamon*, 29 Public Policy 255, 256 (1981): „... rather than focusing on individual programs, as is now done, [...] the suggestion here is that we should concentrate instead on the generic tools of government action.“

²³ *Hood*, The Tools of Government (1983), S. 2: „Government as a tool-kit“.

²⁴ „Nato“ ist eine Abkürzung für „Nodality“ (die Regierung als Knotenpunkt eines Informations- oder sozialen Netzes), „Authority“ (die Gesetzgebungsgewalt des Staates), „Treasure“ (die Finanzgewalt des Staates) und „Organisation“ (die Regierung als Inhaberin des Staatsapparats); siehe *Hood*, The Tools of Government (1983), S. 4–7.

²⁵ Siehe etwa die Adaption von *Hoods* Ansatz bei *Howlett / Ramesh / Perl*, Studying Public Policy³ (2009), S. 115 f.; siehe auch *Lascoumes / Le Gales*, Governance 20 (2007), 1 ff.

²⁶ *Salamon* (Hrsg.), Beyond Privatization (1988) und *ders.*, The Tools of Government (2002).

²⁷ Siehe etwa *Bemelmans-Videc / Rist / Vedung* (Hrsg.), Carrots, Sticks & Sermons (1998) und *Peters / van Nispen* (Hrsg.), Public Policy Instruments (1998).

²⁸ *Lemaire*, in: *Bemelmans-Videc / Rist / Vedung* (Hrsg.), Carrots, Sticks & Sermons (1998), S. 59 ff. (allgemein zu *regulation*); *Bardach*, in: *Salamon* (Hrsg.), Beyond Privatization (1988), S. 197 ff.; *May*, in: *Salamon* (Hrsg.), The Tools of Government (2002), S. 156 ff. (beide zum Thema *social regulation*); *Salamon*, in: *ders.* (Hrsg.), The Tools of Government (2002), S. 117 ff. (*economic regulation*); *Schuck*, in: *Salamon* (Hrsg.), The Tools of Government (2002), S. 466 ff. (Deliktsrecht). Der Band von *Peters / van Nispen* (Hrsg.), Public Policy Instruments (1998) verfolgt einen leicht anderen Ansatz und widmet der Regulierung kein eigenes Kapitel; *de Bruijn / Hufen*, in: *Peters / van Nispen* (Hrsg.), Public Policy Instruments (1998), S. 11, 17 f. nennen aber in ihrer Instrumentenklassifizierung „regulatory instruments“ als erste und wichtigste Kategorie.

²⁹ *Daintith* (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy (1988). Der Beitrag zum Thema Regulierung stammt von einem deutschen Rechtswissenschaftler: *Jarass*, in: *Daintith* (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy (1988), S. 75 ff.

³⁰ Siehe beispielhaft *Blum / Schubert*, Politikfeldanalyse² (2011), S. 88–90, die Regulierung, Überzeugung und Finanzierung unterscheiden.

³¹ Als grundlegend für die deutsche Steuerungswissenschaft bzw. die Forschungsrichtung „politische Steuerung“ gelten die Beiträge *Mayntz*, in: Ellwein / Hesse / Mayntz u. a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft (1987), S. 89 ff. und *Scharpf*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 17 ff. Monographisch *Görnitz / Burth*, Politische Steuerung² (1998). Siehe auch rückblickend *Mayntz / Scharpf*, ZfS 34 (2005), 236 ff.

und Selbstregulierung³² oder in „Gebote und Verbote“, „Anzeige- und Genehmigungspflichten“ und „normersetzende Absprachen“.³³

Schaut man sich genauer an, wie das Instrument „Regulierung“ in der Steuerungswissenschaft charakterisiert wird, geht es dabei zumeist um die klassischen Instrumente des Öffentlichen Rechts, insbesondere der Eingriffsverwaltung. So wird „Regulierung“ häufig identifiziert mit gesetzlichen Ge- oder Verboten, deren Übertretung staatliche Sanktionen nach sich zieht.³⁴ Regulierung wird dabei keineswegs mit dem (Öffentlichen) Recht insgesamt gleichgesetzt, sondern abgegrenzt von anderen rechtlichen Instrumenten wie staatlichen Subventionen³⁵, Lenkungssteuern und -abgaben³⁶ oder dem Einsatz von Staatsunternehmen³⁷. Dennoch bleibt der Charakter des Steuerungsinstruments „Regulierung“ recht verschwommen und allgemein; nur selten finden sich Hinweise darauf, dass die konkrete Wirkungsweise der Regulierung von Detailfragen wie der Beweislast abhängt.³⁸ Aber auch wenn man die erweiterten rechtlichen Steuerungsinstrumente betrachtet, fällt auf, dass diese fast ausschließlich aus dem Bereich des Öffentlichen Rechts stammen. Nur sehr wenige Beiträge gehen darauf ein, dass es neben der hoheitlichen Regelung weitere rechtliche Steuerungsinstrumente wie etwa das Deliktsrecht gibt.³⁹ Sofern private und öffentliche Mittel der Rechts-

³² *Howlett / Ramesh / Perl*, *Studying Public Policy*³ (2009), S. 119–121. Siehe auch schon *Bercusson*, in: *Daintith* (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy* (1988), S. 359 ff.

³³ *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 247–282.

³⁴ Besonders deutlich ist dies bei *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 247–250, 265–268, der die Instrumente des deutschen Verwaltungsrechts durchdekliniert; siehe aber auch *Bardach*, in: *Salamon* (Hrsg.), *Beyond Privatization* (1988), S. 197 ff.; *Howlett / Ramesh / Perl*, *Studying Public Policy*³ (2009), S. 119; *Lemaire*, in: *Bemelmans-Videc / Rist / Vedung* (Hrsg.), *Carrots, Sticks & Sermons* (1998), S. 59 ff.; *May*, in: *Salamon* (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 156, 157. *Salamon*, in: *ders.* (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 117, 118 f. verwendet eine noch engere Begriffsdefinition, indem er *regulation* im Sinne von durch Behörden erlassenen Rechtsverordnungen gegenüber Gesetzen im formellen Sinne abgrenzt. Weiter dagegen das Begriffsverständnis bei *de Bruijn / Hufen*, in: *Peters / van Nispen* (Hrsg.), *Public Policy Instruments* (1998), S. 11, 17 f. und *Jarass*, in: *Daintith* (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy* (1988), S. 75, 77.

³⁵ *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 282 f.; *Leeuw*, in: *Bemelmans-Videc / Rist / Vedung* (Hrsg.), *Carrots, Sticks & Sermons* (1998), S. 77 ff.; *v. Stebut*, in: *Daintith* (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy* (1988), S. 137 ff.; siehe auch *Howard*, in: *Salamon* (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 410 ff. und *McDaniel*, in: *Salamon* (Hrsg.), *Beyond Privatization* (1988), S. 167 ff. (zu Steuervergünstigungen als Steuerungsinstrument).

³⁶ *Cordes*, in: *Salamon* (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 255 ff.; *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 290–307; *Howlett / Ramesh / Perl*, *Studying Public Policy*³ (2009), S. 124 f.

³⁷ *Howlett / Ramesh / Perl*, *Studying Public Policy*³ (2009), S. 127 f.

³⁸ Siehe aber *de Bruijn / Hufen*, in: *Peters / van Nispen* (Hrsg.), *Public Policy Instruments* (1998), S. 11, 17.

³⁹ *de Bruijn / Hufen*, in: *Peters / van Nispen* (Hrsg.), *Public Policy Instruments* (1998), S. 11, 17 nennen die Produkthaftung; *Schuck*, in: *Salamon* (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 466 ff. behandelt das Deliktsrecht als eigenständiges Regulierungsinstrument.

durchsetzung einmal gegenübergestellt werden, lautet die Empfehlung, im Zweifel staatliche Rechtsdurchsetzung zu bevorzugen.⁴⁰

bb. Governance-Forschung

Die Steuerungswissenschaft nimmt eine „Koppelung an die Akteursperspektive“ vor, in dem Sinne, dass sie die „Gestaltung der gesellschaftlichen Umwelt durch politische Instanzen“⁴¹ untersucht. Sie stellt damit im Kern einen staatszentrierten Ansatz dar. Diese Ausrichtung führt zu zwei blinden Flecken der Steuerungstheorie:⁴² Einerseits werden gesellschaftliche Akteure auf die Rolle von „Steuerungsobjekten“ reduziert, die zwar eine „autonome Existenz“⁴³ besitzen, aber nicht mit ihren eigenen Steuerungsbeiträgen gewürdigt werden. Andererseits bleibt die Struktur des Steuerungsobjektes unterbelichtet, de facto findet eine Beschränkung auf die Ebene des Nationalstaates statt, so dass die Besonderheiten internationaler und supranationaler Regelungsregime sowie von Mehrebenensystemen im Allgemeinen ausgeblendet werden. Diese beiden Auslassungen führten zur Entwicklung der so genannten „Governance-Forschung“.⁴⁴

„Governance“ ist zwar keine eigene Forschungsdisziplin,⁴⁵ aber ein schillernder Begriff,⁴⁶ in dem sich eine Vielzahl unterschiedlicher sozialwissenschaftlicher Disziplinen wiederfinden.⁴⁷ Inhaltlich beruft sich die Governance-Forschung⁴⁸ einerseits auf den institutionenökonomischen Governance-Ansatz, wie er durch *Ronald Coase*⁴⁹ und *Oliver Williamson*⁵⁰ geprägt wurde, andererseits auf politikwissenschaftliche Vorarbeiten einmal aus dem Bereich der zuvor diskutierten

⁴⁰ *Jarass*, in: Daintith (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy* (1988), S. 75, 78 („the more obvious choice“); für die Sicherheitspolitik auch *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt* (2013), S. 158–160.

⁴¹ Beide Zitate *Mayntz*, in: Ellwein/Hesse/Mayntz u. a. (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* (1987), S. 89, 92.

⁴² Zum Folgenden *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt* (2013), S. 60–63.

⁴³ *Mayntz*, in: Ellwein/Hesse/Mayntz u. a. (Hrsg.), *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* (1987), S. 89, 94.

⁴⁴ In Deutschland steht insbesondere *Gunnar Folke Schuppert* für diese Forschungsrichtung. Siehe etwa *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 371 ff.; ders., *Die Verwaltung* 40 (2007), 463 ff.; ders., *PVS Sonderheft Nr. 41* (2008), S. 13 ff.; ders., *Alles Governance oder was?* (2011).

⁴⁵ *Dixit*, 99 *AER* 3, 6 (2009).

⁴⁶ v. *Blumenthal*, *ZPol* 15 (2005), 1149, 1150 („anerkannt uneindeutige[r] Begriff“); *Pierre/Peters*, *Governance, Politics and the State* (2000), S. 7 („The concept of governance is notoriously slippery“).

⁴⁷ Siehe die Aufteilung der Governance-Forschungsprojekte nach Fächern bei *Schuppert*, *PVS Sonderheft Nr. 41* (2008), S. 13, 17. Die größten Anteile haben demnach Politikwissenschaft, Rechtswissenschaft, Wirtschaftswissenschaft und Soziologie.

⁴⁸ Siehe z. B. *Benz/Lütz/Schimank u. a.*, in: dies. (Hrsg.), *Handbuch Governance* (2007), S. 9, 10–13. Ausführlich zur Entwicklung des Governance-Konzepts *Dose*, *Problemorientierte staatliche Steuerung* (2008), S. 89–108.

⁴⁹ *Coase*, 4 *Economica* 386 (1937).

⁵⁰ *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985).

Steuerungswissenschaft⁵¹ und andererseits aus den internationalen Beziehungen, wo unter der Überschrift „governance without government“⁵² neue Formen trans- und supranationaler Ordnungen untersucht werden.⁵³ Diese Vorbilder zeigen aber auch zugleich das konzeptionelle Problem eines Forschungsansatzes auf, der derart heterogene und teilweise gegensätzliche Ansätze⁵⁴ vereint, dass sich manche Vertreter der policy-Forschung fragen: „alles Governance, oder was?“⁵⁵

Den Unterschied zwischen Steuerungstheorie und Governance-Theorie hat *Renate Mayntz* wie folgt zusammengefasst:

[M]an [kann] die Steuerungstheorie als akteurzentriert und die Governance-Theorie als institutionalistisch bezeichnen. [...] Bei [der Steuerungstheorie] steht das handelnde Steuerungssubjekt im Vordergrund, bei der Governance-Theorie dagegen die Regelungsstruktur, eine Schwerpunktsetzung, die in beiden Fällen mit der Genese des Ansatzes zusammenhängt.⁵⁶

Diese Akzentverschiebung führt nicht nur dazu, dass neue Anwendungsfelder in den Blick genommen werden (z.B. Corporate Governance⁵⁷ oder Contract

⁵¹ Siehe *Mayntz*, in: Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 11 ff., die allerdings die Aussage „Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie“ mit einem Fragezeichen versieht.

⁵² Siehe insbesondere den Band *Rosenau / Czempiel* (Hrsg.), *Governance Without Government* (1992).

⁵³ So genannte „multi-level governance“, einführend *Benz*, *Politik in Mehrebenensystemen* (2009), S. 50–80.

⁵⁴ Ein wichtiger Widerspruch zwischen den institutionenökonomischen und multi-level Governance-Ansätzen ergibt etwa hinsichtlich der Rolle von Hierarchie. Die besondere Leistung von *Coase* und *Williamson* besteht in der Gegenüberstellung von Märkten und (Unternehmens-)Hierarchien als unterschiedliche Koordinationsmechanismen; siehe z.B. *Coase*, 4 *Economica* 386, 390–392 (1937) und *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985), S. 72–78. Dagegen untersucht „governance without government“ gerade nichthierarchische Steuerungsformen; siehe etwa *Rosenau*, in: *Rosenau / Czempiel* (Hrsg.), *Governance Without Government* (1992), S. 1, 3–6.

⁵⁵ *Jann*, PVS 50 (2009), 476, 494. Dieses Bonmot hat *Schuppert*, *Alles Governance oder was?* (2011) programmatisch aufgegriffen. In seiner Schrift diskutiert er sieben „Funktionen des Governance Konzepts“ (Brückenfunktion, Reformstrategie, Schlüsselbegriff, Meta-Ebene, Entstaatlichungsstrategie, Flankierung und Steuerung transnationaler Rechtsprozesse, eurozentristische Transferpolitik), die allerdings jenseits des Bezugs zum Begriff „Governance“ kaum Gemeinsamkeiten aufweisen. Die Warnung von *Mayntz*, in: Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 11, 18, „Governance-Theorie [nicht] zu einer sehr viel allgemeineren Theorie sozio-politischer Dynamik auf der Basis eines ganz neuen Paradigmas mutieren“ zu lassen, scheint also ungehört geblieben zu sein. Für den Versuch einer Rückbindung der Governance-Forschung an die *policy*-Theorie siehe *Benz / Dose*, in: dies. (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*² (2010), S. 251 ff.

⁵⁶ *Mayntz*, in: Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 11, 16.

⁵⁷ Corporate Governance ist ein Forschungsgebiet, das sich weitgehend unabhängig von der hier diskutierten Governance-Debatte entwickelt hat; siehe etwa den Band *Hopt / Kanda / Roe u. a.* (Hrsg.), *Comparative Corporate Governance* (1998). Inzwischen gibt es aber auch erste Versuche, eine Verbindung der beiden Forschungsansätze herzustellen; siehe z.B. *Eberle*, in: *Benz / Dose* (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*² (2010), S. 155 ff.; *Jürgens*, in: Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 47 ff.

Governance⁵⁸), sondern erweitert auch den Begriff der Regulierung. Neben die staatliche (und hier nicht weiterverfolgte über- bzw. zwischenstaatliche) Regulierung treten auch Formen „privater“ Regulierung: Die Governance-Forschung geht von einem Skalierungsmodell der Regulierung aus, das neben der rein staatlichen auch Mischformen und auch „private Selbstregulierung“ umfasst.⁵⁹ Am Ende dieser Entwicklung löst sich die Steuerung vollständig vom Staat, es kommt zum Phänomen der „regulation without government“.⁶⁰

b. Soziologische Ansätze

Die Soziologie beschäftigt sich auf vielfältige Weise mit dem Recht⁶¹ und speziell mit dem Thema Regulierung. Bereits *Auguste Comte*, auf den der Begriff „Soziologie“ zurückgeht,⁶² sah die gesellschaftspolitische Planung und Steuerung als Hauptaufgabe der Soziologie,⁶³ und auch weitere Gründerväter des Faches wie *Emile Durkheim*, *Max Weber* und *Herbert Spencer* beschäftigten sich ausführlich mit der Rolle des Rechts in Gesellschaft und Wirtschaft.⁶⁴ Den Unterschied zur politikwissenschaftlichen Perspektive auf rechtliche Steuerung beschreibt *Franz-Xaver Kaufmann* wie folgt: Während die politikwissenschaftliche Perspektive die hoheitliche Steuerungskompetenz des Staates heuristisch voraussetzt und darauf aufbauend die Erfolgs- und Misserfolgsbedingungen analysiert, gehe es der Soziologie um die tatsächliche soziale Orientierung an Rechtsnormen, die ggf. auch in einer bewussten Gesetzesumgehung bestehen könne.⁶⁵

Im vorliegenden Zusammenhang interessieren insbesondere zwei Forschungsrichtungen der Soziologie: Die theoretische und empirische Forschung zur Normbefolgung („Effektivität des Rechts“) und der Gegenpol der Systemtheorie,

⁵⁸ *Möslein / Riesenhuber*, ERCL 5 (2009), 248 ff.; *Möslein*, JZ 2010, 72 ff.

⁵⁹ Siehe etwa *Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Governance-Forschung*² (2006), S. 371, 401 f., der unter Rückgriff auf *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 261, 300–304 vier „Grundtypen der Regulierung“ unterscheidet: staatlich imperative Regulierung, staatliche Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente, staatlich regulierte Selbstregulierung, private Selbstregulierung.

⁶⁰ So der Titel der Schrift *Maurer*, *Regulation without government* (2012).

⁶¹ Allgemein zum (schwierigen) Verhältnis von Soziologie und Recht *Estermann*, in: *Cottier / Estermann / Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 101 ff. sowie *van Aeken*, in: *van Klink / Taekema* (Hrsg.), *Law and Method* (2011), S. 55 ff.

⁶² Für die moderne Begriffsbestimmung typisch der Ausspruch von *Dahrendorf*, *Soziale Welt* 40 (1989), 2: „Soziologie ist das, was Leute, die sich Soziologen nennen, tun, wenn sie von sich sagen, daß sie Soziologie betreiben. Mehr nicht.“ (Hervorhebung im Original).

⁶³ Vgl. *Nassehi*, *Soziologie*² (2011), S. 22 f.

⁶⁴ Zu *Durkheim* siehe die kurze Darstellung bei *K.F. Röhl*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 20 ff.; zur Rechtssoziologie *Max Webers* siehe insbesondere *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 386 ff.; zu *Spencer* siehe etwa *Spencer*, *The Man versus the State* (1884), S. 44 ff.

⁶⁵ *Kaufmann*, in: *Grimm / Maihofer* (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (1988), S. 65, 74 f.

die solchem „regulatorischen Recht“ äußerst kritisch gegenüber steht und teilweise die Steuerungsfähigkeit von Recht insgesamt leugnet.

aa. Effektivität des Rechts

Mit den gesellschaftlichen Wirkungen von (Rechts-)Normen beschäftigen sich verschiedene Zweige der Soziologie.⁶⁶ So unterscheidet *Thomas Raiser* vier Ansätze, die sich mit der Wirkung bestimmter einzelner Rechtsnormen beschäftigen:⁶⁷ (1) die so genannte Effektivitätsforschung, (2) die Lehre von den symbolischen Wirkungen des Rechts, (3) die Implementationsforschung und (4) die Evaluationsforschung, wobei die beiden letztgenannten politikwissenschaftlicher Provenienz sind.⁶⁸ Im Folgenden soll der erstgenannte rechtssoziologische Forschungsansatz genauer betrachtet werden, der sich mit der „faktischen Geltung“, der „Wirksamkeit“ oder „Effektivität“ von Recht befasst.⁶⁹ Zunächst werden die theoretischen Modelle vorgestellt und sodann soll kurz auf die Ergebnisse empirischer Untersuchungen eingegangen werden.

Bei der Frage der *faktischen* Geltung⁷⁰ geht es nicht um die rechtsphilosophische Grundlegung und Rechtfertigung des Rechts,⁷¹ sondern um seine tatsächliche Befolgung. Der Unterschied zu den zuvor behandelten politischen Steuerungs- und Governance-Theorien ergibt sich aus dem Begriff der Wirksamkeit: Während sich die Politikwissenschaft vor allem mit der Frage befasst, ob die Rechtsnormen dazu führen, dass die angestrebten (rechts-)politischen Zwecke erreicht werden (Wirksamkeit im weiteren Sinne), behandelt die rechtssoziologische Effektivitätsforschung die Wirksamkeit im engeren Sinne, welche danach

⁶⁶ Siehe etwa den Ansatz von *Ross*, *Social Control* (1901) zur Analyse sozialer Ordnungssysteme. Die Analyse sozialer Ordnungen als (Norm-)Systeme geht wesentlich zurück auf *Parsons*, *The Structure of Social Action* (1968). Speziell zu „sozialen Normen“ grundlegend *Sumner*, *Folkways* (1906); siehe auch die Untersuchungen von *Spittler*, *Norm und Sanktion* (1967) und *Opp*, *Die Entstehung sozialer Normen* (1983). Einen allgemeinen Überblick über die Rolle von Normen in der Soziologie geben *Scott / Marshall*, *A Dictionary of Sociology*³ (2009), s. v. norm.

⁶⁷ *T. Raiser*, *Beiträge zur Rechtssoziologie* (2011), S. 240–244.

⁶⁸ Diese beiden Ansätze werden deshalb an dieser Stelle nicht weiter verfolgt. Zur Implementationsforschung siehe bereits oben S. 18 mit Fn. 17. Die Evaluationsforschung beschäftigt sich als letzter Schritt des policy-cycle (dazu oben S. 18) mit der Messung des Erfolgs eines Regelungsprogramms; siehe nur das Handbuch *Widmer / Beywl / Fabian* (Hrsg.), *Evaluation* (2009).

⁶⁹ Der symbolische Einsatz von Recht dient dagegen prima facie nicht der Steuerung menschlichen Verhaltens und bleibt deshalb an dieser Stelle außen vor; zur symbolischen Gesetzgebung im Kontext rechtlicher Effektivität siehe aber *Newig*, in: *Cottier / Estermann / Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 301 ff.

⁷⁰ In der Rechtstheorie wird unterschieden zwischen juristischer Geltung, soziologischer Geltung und ethischer Geltung; *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), S. 139–143.

⁷¹ Zur Geltung des Rechts als Grundfrage der Rechtsphilosophie siehe etwa *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), S. 139–197; *Habermas*, *Faktizität und Geltung*⁴ (1994), S. 45–60; *Hart*, *The Concept of Law* (1961), S. 97–107; *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (1934), S. 67–73; *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*⁶ (1963), S. 174–183.

fragt, ob eine Rechtsnorm das vorgeschriebene Verhalten tatsächlich bewirkt.⁷² Diese Frage ist Voraussetzung jeder weiter gefassten Wirkungsanalyse und deshalb konstitutiv für Theorien, die sich – wie die meisten Regulierungsbegriffe – auf die verhaltenssteuernde Wirkung des Rechts beziehen.

Der Begriff der Wirksamkeit des Rechts hängt eng mit dem soziologischen Rechtsbegriff selbst zusammen. *Max Weber* definierte das Recht für die Zwecke der Soziologie als eine Ordnung „mit gewissen spezifischen Garantien für die Chance ihrer empirischen Geltung“.⁷³ Mit den „spezifischen Garantien“ ist bei *Weber* die Existenz eines Zwangsapparates zur Durchsetzung des Rechts (eines so genannten „Rechtsstabes“) gemeint.⁷⁴ Von einer „Wirkungs-Chance“ des Rechts ist die Rede bei *Theodor Geiger*, der daraus die Idee einer „Effektivitätsquote“ entwickelte: Es handelt sich dabei um den Anteil der Fälle, in denen eine „typische Situation“ (etwa die konkrete Gelegenheit zur Verwirklichung eines Straftatbestands) entweder zur „Realisierung des Normkerns“ (d. h. zu normgemäßem Verhalten) oder einer staatlichen Sanktion führt.⁷⁵ Die Effektivitätsquote erlaubt eine Aussage über die *relative Wirksamkeit* des Rechts (in wie vielen Fällen, in denen eine Norm wirken sollte, entfaltet sie tatsächlich eine Wirkung?), wobei im Rahmen der Wirksamkeit nicht zwischen der Rechtsbefolgung und der Sanktionierung von Normübertretungen unterschieden wird.⁷⁶ Soweit es um die Rechtsbefolgung geht, ist umstritten, ob eine Rechtsnorm nur dann als „wirksam“ gelten soll, wenn das normgemäße Verhalten sich gerade auf die Existenz der Vorschrift zurückführen lässt, oder ob der äußere Tatbestand des Rechtsgehorsams ausreicht.⁷⁷

⁷² *Zippelius*, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie³ (2012), S. 104: „Ein einfaches Beispiel kann diesen Unterschied verdeutlichen: Wird zur Verminderung von Verkehrsunfällen eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf Straßen angeordnet, so ist diese Norm ‚wirksam‘ im engeren Sinne, insofern die Autofahrer diese Begrenzung einhalten, ‚wirksam‘ im weiteren Sinn, insofern sich dies als geeignetes Mittel erweist, um die Verkehrsunfälle zu vermindern.“ Laut *Rottleuthner / Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz* (2010), S. 13, 23 verfolgen fast alle Gesetzesnormen weitergehende Ziele über die bloße Normbefolgung hinaus; nur die „Kernnormen“ des Strafrechts wie etwa das Mordverbot würden lediglich um ihrer selbst willen angeordnet.

⁷³ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 369.

⁷⁴ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 17 f., 369 f.

⁷⁵ *Geiger*, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*⁴ (1987), S. 30–34. Aus Sicht des Rechtsunterworfenen ergibt sich dagegen ein „Verbindlichkeitskalkül“, mittels dessen er abschätzen kann, ob und wie das Recht auf einen konkreten Fall reagiert; *Geiger*, aaO., S. 237–250.

⁷⁶ Kritisch dazu (sowie für weitere Kritikpunkte am Konzept) *K. F. Röhl*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 245 f.

⁷⁷ Für einen streng kausalen Ansatz siehe *Aubert*, *KZfSS Sonderheft Nr. 11* (1967), S. 284, 287: „eine erhebliche Abweichung von den Gesetzesbestimmungen [beweist] noch keineswegs, daß das Gesetz ohne Einfluß gewesen ist – ebenso wie die Einhaltung der Vorschriften keinen sicheren Beweis für die Wirksamkeit des Gesetzes darstellt.“ Anders z. B. *Rottleuthner / Rottleuthner-Lutter*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz* (2010), S. 13, 31: „das Modell von Ursache und Wirkung [scheint] für die Analyse der Befolgung von Normen ebenso untauglich zu sein wie das von Befehl und Gehorsam.“

Die letztgenannte Streitfrage leitet über zu den Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit. Diese Frage ist vielfach behandelt worden.⁷⁸ So trat etwa bereits *Eugen Ehrlich*⁷⁹ dafür ein, dass das Recht vorrangig durch gesellschaftlichen Zwang durchgesetzt werde, der von gesellschaftlichen Verbänden ausgehe, während es auf individueller Ebene vor allem Suggestion und Erziehung seien, welche die Menschen zum Rechtsgehorsam brächten.⁸⁰ Das heute in der deutschen Rechtssoziologie als Standard⁸¹ geltende Modell zur Befolgung von Gesetzen ist ein Kausalmodell⁸² und geht auf *Karl-Dieter Opp*⁸³ und *Andreas Diekmann*⁸⁴ zurück. Sie unterscheiden Variablen erster Stufe (solche, die direkt auf die abhängige Variable „Befolgung von Gesetzen“ einwirken) und Variablen zweiter Stufe (solche, die indirekt – nämlich durch Beeinflussung der Variablen erster Stufe – auf die abhängige Variable einwirken).⁸⁵ Als Variablen erster Stufe definieren *Opp* und *Diekmann*⁸⁶ (1) den „Grad der Informiertheit einer Person über eine Norm“, (2) den „Grad normativer Abweichung einer Person von der Norm“⁸⁷, (3) den „Grad der erwarteten negativen Sanktionen bei einer Übertretung der Norm“, (4) den „Grad der erwarteten positiven Sanktionen bei einer Übertretung der Norm“⁸⁸, (5) den „Grad der erwarteten positiven Sanktionen bei einer Befolgung der Norm“, (6) den „Grad der erwarteten negativen Sanktionen bei einer Befolgung der Norm“ und (7) die „Häufigkeit der normrelevanten Situationen“⁸⁹.

⁷⁸ Siehe etwa den Sammelband *Rehbinder/Schelsky* (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts* (1972) und darin insbesondere die Beiträge von *Lawrence Friedman*, *Hans Ryffel*, *Ernst Kramer* und *Peter Noll*.

⁷⁹ Zur Rolle *Ehrlichs* für die deutsche Rechtssoziologie siehe *Rehbinder*, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*² (1986).

⁸⁰ *Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*³ (1967), S. 49–66, insb. S. 63.

⁸¹ Siehe etwa die (sehr unterschiedlichen) Bezugnahmen von *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 17, 21 einerseits und *Teubner*, *ARSP Beiheft Nr. 54* (1992), S. 140 ff. andererseits.

⁸² Zur Forschungslogik von Kausalanalysen in diesem Zusammenhang *Rottleuthner/Rottleuthner-Lutter*, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 17, 22–26.

⁸³ *Opp*, *Soziologie im Recht* (1973), S. 190–207; resümierend *ders.*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz* (2010), S. 35 ff.

⁸⁴ *Diekmann*, *Die Befolgung von Gesetzen* (1980), S. 32–43.

⁸⁵ Graphische Darstellungen des Modells bei *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz* (2010), S. 35, 38 und *Rottleuthner*, *Einführung in die Rechtssoziologie* (1987), S. 57.

⁸⁶ *Opp*, *Soziologie im Recht* (1973), S. 193–199; *Diekmann*, *Die Befolgung von Gesetzen* (1980), S. 41 (modifizierte Theorie), dem folgend *Opp*, in: *Wagner* (Hrsg.), *Kraft Gesetz* (2010), S. 35, 39–41.

⁸⁷ Diese Variable definiert *Opp*, *Soziologie im Recht* (1973), S. 196 wie folgt: „Der Grad der normativen Abweichung einer Person P von einem Gesetz ist umso höher, je höher der Grad ist, in dem die Person P andere als die Gesetzesnorm für verbindlich hält und je stärker diese anderen Normen von den Gesetzesnormen abweichen.“ (Hervorhebung im Original).

⁸⁸ Mit „positiver Sanktion“ ist eine Belohnung gemeint; siehe *Diekmann*, *Die Befolgung von Gesetzen* (1980), S. 35.

⁸⁹ Anders als bei *Geigers* Effektivitätsquote (dazu oben S. 25) geht es hier nicht um eine Quote i. S. eines Verhältnisses von „typischer Situation“ und Normverstoß, sondern um die Frage, ob Personen, die häufiger „normrelevanten Situationen“ ausgesetzt sind, auch häufiger

Als Variablen zweiter Stufe werden Faktoren wie die „Aufklärungsquote“, „Verständlichkeit des Gesetzes“ oder die „Sichtbarkeit einer Gesetzesübertretung“ genannt.⁹⁰ In einem etwas anderen Systematisierungsansatz hat *Thomas Raiser* vorgeschlagen, die Wirksamkeitsfaktoren danach zu untergliedern, ob diese aus der Sphäre der Norm bzw. des Normgebers stammen, im Bereich der Vollzugs- und Sanktionsinstanzen liegen, ihre Ursache in der Übereinstimmung des Gesetzes mit den allgemeinen Wertvorstellungen der Bevölkerung haben, in der Übereinstimmung des Gesetzes mit den Wertvorstellungen der Bezugsgruppe des Normempfängers begründet sind oder in der Person des Normadressaten verwurzelt sind.⁹¹

Obwohl die Rechtssoziologie auf eine lange Tradition empirischer Forschung zurückblicken kann, für die in Deutschland beispielhaft die auf *Arthur Nußbaum* zurückgehende „Rechtstatsachenforschung“ steht,⁹² existieren nur wenige Untersuchungen zur Effektivität des Rechts. In einem Review-Artikel aus dem Jahr 2010 berichtet *Opp* von insgesamt 14 Studien,⁹³ die zwischen 1975 und 2000 durchgeführt wurden und in denen einige oder sämtliche der oben genannten sieben Variablen erster Stufe getestet wurden.⁹⁴ In der Gesamtschau erwiesen sich der „Grad der normativen Abweichung“, also die Frage, inwieweit eine Person eine Norm für sich selbst als verbindlich ansieht (Internalisierung) und die zu erwartende negative Sanktion als besonders wichtige Determinanten für die Wirksamkeit des Rechts gemessen anhand der Rechtsbefolgung. Der Grad der Informiertheit über das Gesetz spielte dagegen keine statistisch signifikante Rolle.⁹⁵

Rechtsverstöße begehen als solche Personen, die nur selten die Gelegenheit dazu haben; vgl. *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen (1980), S. 41.

⁹⁰ *Opp*, Soziologie im Recht (1973), S. 200–205.

⁹¹ *T. Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie⁶ (2013), S. 256–263.

⁹² Grundlegend *Nußbaum*, in: ders. (Hrsg.), Die Rechtstatsachenforschung (1968), S. 18: „man ist der leeren Dogmatik überdrüssig geworden, alles drängt zu der lebendigen Natur, der die Quellen des Rechts entströmen.“ Für eine ausführliche Würdigung des Lebens und Werks *Nußbaums* siehe *Hopt*, in: FS 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin (2010), S. 545 ff.

⁹³ *Opp*, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz (2010), S. 35, 44–52.

⁹⁴ Über die ersten drei Untersuchungen berichtet *Diekmann*, Die Befolgung von Gesetzen (1980), S. 72–121: Auf Basis von anonym auszufüllenden Fragebögen wurden Studien zum Schwarzfahren in öffentlichen Verkehrsmitteln, zur Steuerhinterziehung und zur Einhaltung eines universitären Rauchverbots durchgeführt. Die vierte Untersuchung ist bei *Diekmann*, Die Rolle von Normen, Bezugsgruppen und Sanktionen bei Ladendiebstählen (1980) dokumentiert: Wiederum auf Basis von anonym auszufüllenden Fragebögen wurde eine Studie zum Ladendiebstahl durchgeführt. Über die fünfte und sechste Untersuchung berichten *Pfeiffer/Gelau*, KZfSS 54 (2002), 694 ff.: Auf Grundlage computergestützter Interviews wurden Studien zur Geschwindigkeitsüberschreitung und zum Fahren unter Alkoholeinfluss durchgeführt. Die siebte bis zehnte Untersuchung dokumentiert *Lüdemann*, ZfRSoz 20 (1998), 116 ff.; es handelt sich um Parallelstudien zu der elften bis vierzehnten Untersuchung, dokumentiert bei *Lüdemann*, Soziale Probleme 13 (2002), 128 ff. und *ders.*, in: FS *Opp* (2008), S. 193 ff. Auf Grundlage der ALLBUS 1990 bzw. der ALLBUS 2000, in Form von Interviews erhobenen repräsentativen standardisierten Mehrthemenumfragen, wurden jeweils Studien zum Ladendiebstahl, zum Steuerbetrug, zum Schwarzfahren und zu Alkohol am Steuer durchgeführt.

⁹⁵ Für eine kognitiv-soziale Analyse der Verhaltensbeeinflussung durch Normen siehe

Betrachtet man die Diskussion um die Effektivität von Rechtsnormen aus rechtsdogmatischer Sicht, so fällt auf, dass sie sich fast ausschließlich am Modell der sanktionsbewehrten Verbotsnorm ausrichtet. Dies wird auch anhand der empirischen Tests deutlich, die sich sämtlich auf öffentlich-rechtliche oder strafrechtliche Verbotsnormen beziehen. Um diese Beschränkung des Modells von *Opp* und *Diekmann* zu überwinden, hat *Hubert Rottleuthner* eine Erweiterung für Fälle der „Inanspruchnahme eines Gesetzes“ vorgeschlagen.⁹⁶ Dabei werden im Wesentlichen die Variablen des *Opp/Diekmann*-Modells übernommen und die Variable „Übertretung/Befolgung der Norm“ durch die Variable „Inanspruchnahme/Nicht-Inanspruchnahme“ ersetzt. Dieser Vorschlag bleibt aber stark dem Originalmodell verhaftet und erscheint wenig geeignet, spezifisch zivilrechtliche Effektivitätsfaktoren wie Beweisregeln, Verjährung und dergleichen adäquat zu würdigen.

bb. Systemtheorie

Die gerade dargestellte Effektivitätsforschung versucht, auf Ebene einzelner Individuen Faktoren zu identifizieren, welche die Befolgung von Gesetzen beeinflussen.⁹⁷ Sie ist deshalb von Vertretern solcher Richtungen der Soziologie angegriffen worden, die stärker auf überindividuelle Strukturen der Gesellschaft ausgerichtet sind, wie insbesondere *Luhmanns* Systemtheorie.⁹⁸

Während die Effektivitätsforschung in der handlungstheoretischen Tradition steht, stellt der Ansatz von *Niklas Luhmann* eine Theorie selbstreferenzieller Systeme dar. Damit geht ein entscheidender Paradigmenwechsel einher: weg vom

Stroebe, in: FS *Opp* (2008), S. 101 ff. Demnach erfolgt die Verhaltensbeeinflussung weitgehend außerhalb des Bewusstseins durch soziale Kontextfaktoren.

Kaufmann, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (1988), S. 65, 83 f. weist darauf hin, dass hinsichtlich der Gesetzesbefolgung strikt zwischen natürlichen Personen und Organisationen unterschieden werden müsse. In größeren und differenzierten Organisationen sei eine dem regulativen Recht analoge Normierung ohnehin verbreitet. Die oben genannten Studien bezogen sich sämtlich auf Privatpersonen und sollten daher – bei Zugrundelegung von *Kaufmanns* Unterscheidung – die Rechtsbefolgung etwa im Wirtschaftsrecht, wo Unternehmen als Normadressaten dominieren, nur begrenzt erklären können.

⁹⁶ *Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie (1987), S. 62–64. Als Beispiele nennt *Rottleuthner*, aaO., S. 63 „finanzielle[\] Anreize[\], Entschädigungen, Verfahrensangebote[\]“. Dagegen meint *Opp*, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz (2010), S. 35, 41–43, bereits die ursprüngliche Theorie erfasse diese Fälle hinreichend.

⁹⁷ Etwas kompliziertere Modelle, welche die Wechselwirkung zwischen Einzelnem (Mikro-Ebene) und Gesellschaft (Makro-Ebene) berücksichtigen, finden sich z.B. bei *Eifler*, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz (2010), S. 91 ff.; *Giese/Runde*, ZfRSoz 20 (1999), 14 ff. und *Runde/Giese/Kaphengst*, ZfRSoz 32 (2011), 59 ff.

⁹⁸ Siehe insbesondere die Kritik von *Teubner*, ARSP Beiheft Nr. 54 (1992), S. 140 ff. an dem Modell von *Opp* und *Diekmann* sowie das Streitgespräch *Luhmann*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 12 ff. gegen *Scharpf*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 17 ff., dazu *Wiesenthal*, Gesellschaftssteuerung und gesellschaftliche Selbststeuerung (2006), S. 31–42.

Individuum, hin zum System. Systeme⁹⁹ zeichnen sich durch Abgrenzung von ihrer Umwelt, durch ihre Geschlossenheit und durch die Fähigkeit, sich selbst zu (re-)produzieren („Autopoiesis“) aus.¹⁰⁰ Innerhalb von sozialen Systemen ist Kommunikation die genuine und einzige Operation.¹⁰¹ *Luhmann* versteht das Recht als ein „Teilsystem des Gesellschaftssystems, neben dem es andere Teilsysteme“ wie Wirtschaft und Politik gibt.¹⁰² Das Subsystem Recht bezieht seine eigene, konstituierende Kontingenz aus dem binären Code Recht/Unrecht.¹⁰³

Luhmanns Antwort auf die Frage, ob Regulierung im Sinne einer Steuerung durch Recht möglich ist, ist eine zweigeteilte und hängt eng mit dem Systembegriff zusammen. Sofern ein System als Ganzes das Objekt der Steuerung sein soll (also z. B. Steuerung des Subsystems Wirtschaft durch das Subsystem Recht), lehnt er die Möglichkeit einer Steuerung rundweg ab, weil alle Informationen nur in rekursiven internen Netzwerken erzeugt werden könnten.¹⁰⁴ Innerhalb eines Systems soll Steuerung aber möglich sein, verstanden als „Differenzminderung“ (etwa innerhalb des Systems Recht als Verminderung der Differenz zwischen entdecktem und nicht entdecktem Rechtsbruch), wobei diese Differenzminderung nicht mehr als Resultat intentionalen Handelns durch einen Steuernden verstanden werden könne.¹⁰⁵ Dabei träten zusätzlich spezifische Probleme auf: Einerseits führe die Zeitlichkeit der Steuerung dazu, dass sich neben der steuernden Operation auch die Umwelt milliardenfach verändere, ohne dass dies kausal beeinflusst werden könne; andererseits entfalte das Steuerungsereignis als solches bereits Wirkungen, die häufig rascher wirkten als die intendierten Änderungen, und damit könne die Steuerung die Steuerung selbst obsolet machen.¹⁰⁶ Innerhalb des Systems Recht macht *Luhmann* insbesondere Informations- und Selektionsprobleme als Ursache mangelnder Rechtsdurchsetzung aus.¹⁰⁷

⁹⁹ Im Folgenden geht es um soziale Systeme. Daneben kennt *Luhmanns* Systemtheorie Maschinen, Organismen (biologische Systeme) und psychische Systeme; siehe *Luhmann*, Soziale Systeme (1984), S. 16.

¹⁰⁰ *Luhmann*, Soziale Systeme (1984), S. 34–70; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1998), S. 60–78; siehe auch *Wiesenthal*, Gesellschaftssteuerung und gesellschaftliche Selbststeuerung (2006), S. 60–62; *Ziemann*, in: Kneer/Schroer (Hrsg.), Handbuch Soziologische Theorien (2009), S. 469, 478.

¹⁰¹ *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1998), S. 81–83.

¹⁰² *Luhmann*, ZfRSoz 20 (1999), 1, 2–4; siehe auch *ders.*, Rechtssoziologie⁴ (2008), S. 132–145.

¹⁰³ *Luhmann*, ZfRSoz 20 (1999), 1, 5.

¹⁰⁴ *Luhmann*, ZfRSoz 12 (1991), 142, 143 f.; siehe auch *ders.*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 12, 16; *ders.*, Die Gesellschaft der Gesellschaft (1998), S. 753, 776–788.

¹⁰⁵ *Luhmann*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 12, 13; *ders.*, ZfRSoz 12 (1991), 142, 144 f.

¹⁰⁶ *Luhmann*, in: Hartwich (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen (1989), S. 12, 15–16; siehe auch *Wiesenthal*, Gesellschaftssteuerung und gesellschaftliche Selbststeuerung (2006), S. 33–35.

¹⁰⁷ *Luhmann*, Rechtssoziologie⁴ (2008), S. 267–282.

Im Anschluss an *Luhmanns* Systemtheorie haben sich *Gunther Teubner*¹⁰⁸ und *Helmut Willke* ausführlich mit den Möglichkeiten und Grenzen regulatorischen Rechts auseinandergesetzt. Wie *Luhmann* betont auch *Teubner* die Eigenständigkeit sozialer Subsysteme. Die autopoietische Geschlossenheit des Rechtssystems, die autopoietische Geschlossenheit des regulierten Teilsystems und die Interventionsansprüche des ebenfalls autopoietisch geschlossenen politischen Systems würden zum Problem für die Rechtssetzung,¹⁰⁹ sie führten zu Regulierungsversagen in Form eines „regulatorischen Trilemmas“: Entweder komme es zu einer „Inkongruenz“ von Recht, Politik und Gesellschaft in dem Sinne, dass das Recht praktisch leerlaufe, oder zu einer „Überlegalisierung“ der Gesellschaft, so dass das Recht die Eigenständigkeit des regulierten Teilsystems bedrohe, oder es komme andersherum zu einer „Übersozialisierung“ des Rechts, indem dieses durch die Eigenlogik des regulierten Bereichs „erobert“ werde.¹¹⁰ Während eine direkte Regulierung demnach ausscheide, finde aber in der Autonomie der autopoietischen Teilsysteme eine „Selbstregulierung“ des Teilsystems statt.¹¹¹

Diese Fähigkeit zur Selbstregulierung stellt auch die Grundlage dafür dar, dass es – nach *Teubner* – anstelle einer direkten Rechtsintervention zu indirekten Beeinflussungen auch über Systemgrenzen hinweg mittels so genannter „Ausweichstrategien“ kommen könne.¹¹² Er führt drei derartige Ausweichstrategien an: wechselseitige Systembeobachtung, Systeminterferenz und Systemkoppelung über Organisation.¹¹³ Als Beispiel für eine systemübergreifende Beobachtung nennt *Teubner* verschiedene „Lesarten“, in denen der Wirtschaftsdiskurs den Rechtsdiskurs als wirtschaftliche Information rekonstruiere: (1) Lektüre als „Rechnungsposten“ im ökonomischen Kalkül; (2) Lektüre als „property right“, also als Grenze des (wirtschaftlich verstandenen) Eigentums; (3) Lektüre als „bargaining chip“, also als Rückfalloption in Verhandlungssettings; (4) Lektüre im Kontext von „Selbststeuerungsprogrammen“, etwa unternehmensinternen Wachstums- oder Profitsteigerungsstrategien; (5) Lektüre als „Präferenzänderung“, so dass sich die von den wirtschaftlichen Akteuren verfolgten Ziele veränderten und nicht nur die Regulierungsvorgaben als Rechnungsposten bei unveränderter Endabsicht in die Kalkulation des Weges zum Ziel einbezogen würden;

¹⁰⁸ Konzise Zusammenfassung von *Teubners* Ansatz bei *G.-P. Calliess*, in: FS *Teubner* (2009), S. 465, 475–477.

¹⁰⁹ *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), S. 89; *ders.*, ARSP Beiheft Nr. 54 (1992), S. 140, 142–148. Kritisch *Schuppert*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 217, 224–228.

¹¹⁰ *Teubner*, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 13 (1984), 109, 128 f.; *ders.*, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1984), S. 289, 316–325.

¹¹¹ *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), S. 94.

¹¹² So genannte „Steuerung von Selbstregulierung“, *Teubner*, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1984), S. 289, 334–344.

¹¹³ *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), S. 117 f.

(6) Lektüre als Preissignal; und schließlich (7) „Nichtlesbarkeit“ von Rechtsnormen, also der Fall einer Indifferenz der Wirtschaft gegenüber einer Rechtsvorschrift.¹¹⁴ Systeminterferenz, die zweite Ausweichstrategie, ergebe sich, wenn derselbe Kommunikationsakt in verschiedenen sozialen Teilsystemen (wie Recht und Wirtschaft) jeweils Information generiere: Während die Mitteilungskomponente gleich sei, unterschieden sich Informations- und Verstehenskomponente in den unterschiedlichen sozialen Systemen.¹¹⁵ Der Preis für derartige Interferenz seien aber erhebliche Motivations- und Informationsprobleme, die allerdings deutlich abnähmen, wenn das Recht anstelle von „command-and-control“ Regulierung auf zivilrechtliche Steuerungsinstrumente wie das Vertragsrecht oder subjektive Rechte setze.¹¹⁶ Die dritte Ausweichstrategie, die Systemkopplung über Organisation, sei möglich, wenn Rechtskommunikationen mit Organisationsentscheidungen (etwa in Unternehmen, Gewerkschaften und Verbänden) *uno actu* zusammenfallen.¹¹⁷

Eine etwas positivere Sicht auf die Möglichkeit der Steuerung durch Recht nimmt innerhalb der Systemtheorie schließlich *Helmut Willke* ein. Zwar teilt er mit *Luhmann* und *Teubner* den Ausgangspunkt der autopoietischen Geschlossenheit sozialer Teilsysteme, welche einer Steuerung von außen nicht zugänglich seien, es sei denn um den Preis der Zerstörung der autopoietischen Qualität oder Identität des Systems.¹¹⁸ Daraus folge die Nichtdurchsetzbarkeit einer direkten, unvermittelten Steuerung gesellschaftlicher Teilsysteme durch das Teilsystem Politik; allerdings meint *Willke*, dass Gesellschaftssteuerung dennoch notwendig bleibe und in Form dezentraler Kontextsteuerung erfolgen könne.¹¹⁹ Dem Recht kommt laut *Willke* die wichtige Aufgabe zu, diese dezentrale Kontextsteuerung, als Zwischenstufe zwischen zufallsgesteuerter Evolution und hierarchisch gesteuerter zentraler Planung,¹²⁰ zu leisten. Dazu brauche es einer „Grammatik von Transformationsregeln“, die Verknüpfungen zwischen Systemen und Umwelten erlaube.¹²¹ Das Recht müsse als Beobachter eine Fremdbeschreibung des

¹¹⁴ *Teubner*, in: Zapf (Hrsg.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften* (1991), S. 528, 531–535 (am Beispiel von „Preistaxen“); siehe auch *ders.*, ARSP Beiheft Nr. 54 (1992), S. 140, 156 f.

¹¹⁵ *Teubner*, *Recht als autopoietisches System* (1989), S. 106–111. Konkret unterscheidet *Teubner* Ereignis-Interferenz (Simultanpräsenz von Ereignissen), Struktur-Interferenz (z. B. Übernahme von Realitätskonstruktionen) und Rollen-Interferenz; aaO., S. 111.

¹¹⁶ *Teubner*, *Recht als autopoietisches System* (1989), S. 112–117.

¹¹⁷ *Teubner*, *Recht als autopoietisches System* (1989), S. 118–120. Siehe dazu auch *Streeck / Schmitter*, *European Sociological Review* 1 (1985), 119 ff.; *Traxler / Vobruba*, *ZfS* 16 (1987), 3 ff.

¹¹⁸ *Willke*, in: *Glagow* (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität* (1984), S. 29, 34 f., 39.

¹¹⁹ *Willke*, in: *Glagow* (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität* (1984), S. 29, 47.

¹²⁰ *Willke*, in: *Glagow* (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität* (1984), S. 29, 42–44.

¹²¹ *Willke*, in: *Glagow / Willke* (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung* (1987), S. 3, 17.

zu steuernden Systems anfertigen und aufgrund dieser Fremdbeschreibung mit dem zu steuernden System interagieren, wobei es dessen eigene Veränderungsabsichten kanalisieren und so systemintern wirksam machen könne.¹²² Inhaltlich ausgerichtet ist die Steuerungsfunktion des Rechts bei *Willke* auf die Differenz zwischen der Einheit von Gesellschaften und der Verschiedenheit ihrer Teile.¹²³

Aus rechtsdogmatischer Sicht fällt auf, dass sich die Ablehnung regulatorischer Intervention durch die Systemtheorie wiederum vor allem an dem Schema öffentlich-rechtlicher Verbotsgesetze („command-and-control“) orientiert. Dies ist bei *Luhmann* bereits im binären Charakter des Rechtscodes angelegt, der nur Recht und Unrecht unterscheidet, nicht aber die gerade im Zivilrecht (Stichwort Vertragsanpassung) dominierenden Zwischenstufen berücksichtigt. *Willke* weist darauf hin, dass „der Staat nicht mehr die Spitze einer hierarchisch geordneten Gesellschaft“ sei,¹²⁴ es statt dessen einer „retikulare[n] Kommunikationsstruktur gleichgeordneter Subsysteme“ bedürfe¹²⁵ – eine Struktur, die sich durch zivilrechtliche Instrumente weitaus besser verwirklichen lassen dürfte als durch die Handlungsformen der Eingriffsverwaltung. *Teubner* behandelt schließlich zivilrechtliche Instrumente sogar als „Ausweichstrategie“ zur Umgehung des regulatorischen Trilemmas, womit implizit der Regulierung durch Privatrecht eine Tür geöffnet erscheint.¹²⁶

c. Wirtschaftswissenschaftliche Ansätze

Einen wiederum anderen Blickwinkel zum Thema Regulierung nimmt die Ökonomik ein. Während die bislang behandelten politologischen und soziologischen Ansätze maßgeblich (auch) in Deutschland entwickelt wurden, sind die nun folgenden ökonomischen Theorien zumeist US-amerikanischen oder englischen Ursprungs. Sie stehen in der Tradition der Wohlfahrtsökonomik (welfare economics), die sich wesentlich auf ein utilitaristisches Weltbild gründet,¹²⁷ und be-

¹²² *Willke*, in: Glagow/Willke (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung* (1987), S. 3, 18–21.

¹²³ *Willke*, in: Glagow/Willke (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung* (1987), S. 3, 23.

¹²⁴ *Willke*, in: Glagow (Hrsg.), *Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität* (1984), S. 29.

¹²⁵ *Willke*, in: Glagow/Willke (Hrsg.), *Dezentrale Gesellschaftssteuerung* (1987), S. 3, 10.

¹²⁶ Zur Vorsicht mahnend aber *G.-P. Calliess*, in: FS Teubner (2009), S. 465, 477–479.

¹²⁷ Die erste Phase der Wohlfahrtsökonomik war die so genannte Neoklassik, repräsentiert etwa durch den Ansatz von *Pigou*, *The Economics of Welfare*⁴ (1932), S. 3–22. Sie findet ihre philosophischen Grundlagen im Werk der Utilitaristen *Jeremy Bentham* und *John Stuart Mill*, siehe *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 42–47. Dieser Ansatz geht davon aus, dass sich eine soziale Wohlfahrtsfunktion durch die Addition kardinaler individueller Nutzen gewinnen lasse. Diese Sichtweise wurde abgelöst durch die „Neue Wohlfahrtsökonomik“, die zwischen Verteilungs- und Effizienzfragen unterscheidet. Der Ansatz ist weiterhin utilitaristisch in dem Sinne, dass die Bewertung von Handlungen anhand ihrer Auswirkungen auf eine soziale Wohlfahrtsfunktion erfolgt. Allerdings wird der individuelle Nutzen nicht als Geldwert bemessen, sondern es erfolgt eine Effizienzmessung anhand des *Pareto*-Kriteriums oder

werten daher Handlungen anhand ihrer Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt (social welfare).¹²⁸

Grundlage der ökonomischen Regulierungstheorien ist ein Wirtschaftsmodell, dessen Wurzeln bis zu *Adam Smith* zurückreichen.¹²⁹ Danach sollen sich die Menschen bei ihrem Handeln vorrangig von ihrem eigenen Nutzen motivieren lassen, während die „unsichtbare Hand“ des freien Marktes dieses eigennützige Handeln derart transformiere, dass dadurch die soziale Wohlfahrt insgesamt gesteigert wird.¹³⁰ Damit wird der Erhalt des freien Spiels des Wettbewerbs als Mittel zur Erhöhung der sozialen Wohlfahrt vorrangiges Ziel staatlichen Handelns. Klar definierte Eigentumsrechte und ein funktionsfähiges Vertragsrecht gelten als Grundvoraussetzungen für einen derartigen Wettbewerb, während hoheitliche Eingriffe stets dem Verdacht ausgesetzt sind, den Wettbewerbsprozess eher zu stören als zu erhalten.¹³¹

Innerhalb der ökonomischen Regulierungstheorie lassen sich zwei grundlegende Ansätze unterscheiden:¹³² Die „public interest-Theorie“ der Regulierung geht davon aus, dass der Staat in seinen Regulierungsbemühungen grundsätzlich darauf abziele, das Gemeinwohl in Form der sozialen Wohlfahrt zu steigern. Sie beschäftigt sich deshalb mit den Ursachen für ein nicht reibungsloses Funktionieren von Märkten und staatlichen Eingriffen, die darauf abzielen, derartiges „Marktversagen“ einzudämmen. Auf der anderen Seite stehen solche Regulierungstheorien, die staatliche Interventionen in Märkte als das Resultat eigensüchtigen Eingreifens privater Interessengruppen deuten.

des *Kaldor/Hicks*-Kriteriums (zu beiden sogleich S. 34 in Fn. 134), während Verteilungsfragen bei der Bestimmung der sozialen Wohlfahrt außen vor bleiben.

¹²⁸ Einführend z. B. *Feldman*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. VII, S. 721 ff. *Grechenig/Gelter*, 31 *Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.* 295, 346–348 (2008) argumentieren, dass die deutsche Rechtswissenschaft die Wohlfahrtsökonomik (und die darauf basierende Rechtsökonomik) wegen ihrer konsequentialistischen, utilitaristischen Grundlagen ablehne.

¹²⁹ Grundlegend *Smith*, *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), Book IV, Ch 2.

¹³⁰ *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*⁹ (2014), S. 15 f. unterscheidet fünf Funktionen des Marktes: (1) Verteilung der Markteinkommen entsprechend der Marktleistung; (2) Erstellung und Verteilung des Angebots an Waren und Dienstleistungen entsprechend der Präferenzen der Konsumenten; (3) Lenkung der Produktionsfaktoren in ihre jeweils produktivste Verwendungsmöglichkeit; (4) Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen; (5) Förderung des technischen Fortschritts bei Produkten und Produktionsmethoden.

¹³¹ Dieser Ansatz wird im Allgemeinen zurückgeführt auf *Coase*, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960). Neutraler zur Aufgabenabgrenzung zwischen Privatrecht und hoheitlicher Steuerung dagegen *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75, 98–100.

¹³² Zum Folgenden *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 3 f. sowie ausführlich *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 91–155.

aa. Public Interest-Theorie der Regulierung

Ausgangspunkt der public interest-Theorie der Regulierung ist das erste Theorem der Wohlfahrtsökonomik.¹³³ Demzufolge entsteht unter den Voraussetzungen, dass eine genügende Anzahl von Märkten existiert, auf denen sich die Anbieter und Nachfrager kompetitiv verhalten, ein Marktgleichgewicht, welches zu einer Ressourcenallokation führt, die effizient im Sinne von *Pareto-optimal*¹³⁴ ist. Wenn die durch Märkte erreichte Ressourcenallokation dagegen nicht effizient ist, spricht man von „Marktversagen“.¹³⁵

Die public interest-Theorie der Regulierung geht davon aus, dass der Staat im Allgemeinen bzw. der Gesetzgeber im Besonderen, grundsätzlich anstrebt, das Gemeinwohl zu fördern.¹³⁶ Deshalb sei Regulierung zulässig und sogar geboten, soweit sie darauf abzielt, Marktversagen zu korrigieren und damit wieder eine effiziente Ressourcenallokation zu erreichen.¹³⁷ Damit gerät das Konzept des Marktversagens in den Mittelpunkt der Regulierungstheorie. Fälle des Marktversagens dienen als Regulierungsanlass, für welchen dann verschiedene Regulierungsstrategien entwickelt werden können. Die unterschiedlichen Fallgruppen des Marktversagens können jeweils auf die Insuffizienz mindestens einer der drei

¹³³ Das erste Theorem der Wohlfahrtsökonomik geht inhaltlich bereits auf *Adam Smith* zurück. Als für die moderne Formulierung grundlegend gelten *Arrow*, in: Neyman (Hrsg.), *Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability* (1951), S. 507 ff. und *Debreu*, *Theory of Value* (1959).

¹³⁴ Eine Situation gilt als *Pareto-optimal*, wenn es nicht möglich ist, eine Person besser zu stellen, ohne eine andere Person dadurch zu benachteiligen; *Lockwood*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. VI, S. 292 ff. Da Effizienz im Sinne des *Pareto*-Kriteriums in der Praxis häufig nicht erreicht werden kann, wird alternativ zunehmend das *Kaldor/Hicks*-Kriterium verwendet. Danach gilt eine Zustandsänderung auch dann noch als effizient, wenn sie zwar zu Verschlechterungen bei manchen Personen führt, diese Verschlechterungen in der Summe aber geringer sind, als die dadurch erreichten Verbesserungen, wobei keine Pflicht besteht, die Verschlechterungen auszugleichen; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 51–54. Damit stellt das *Kaldor/Hicks*-Kriterium eine enge Verknüpfung zwischen Effizienz und Kosten/Nutzen-Analysen her; siehe *Weimer*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. II, S. 271 ff.

¹³⁵ *Ledyard*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. IV, S. 300 ff.; *Tirole*, 105 AER 1665 (2015). Laut *Medema*, 39 Hist. Pol. Econ. 331 (2007) lässt sich das Konzept des Marktversagens bereits auf *John Stuart Mill* und *Henry Sidgwick* zurückführen.

¹³⁶ Zur Rechtfertigung dieser Annahme siehe *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 280 f.

¹³⁷ *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation* (1999), S. 9; *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*⁹ (2014), S. 72 f.; *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 291–296; *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 29 f.; vgl. auch *Shleifer*, 11 Eur. Fin. Manag. 439, 440 (2005). Weitergehend *Bator*, 72 Q. J. Econ. 351, 377–379 (1958), der dafür eintritt, dass staatliche Intervention in Märkte auch zulässig sein soll, um Allgemeinwohlbelange jenseits des *Pareto*-Kriteriums zu verfolgen.

Bedingungen des ersten Theorems (genügende Anzahl an Märkten, kompetitives Verhalten, Marktgleichgewicht) zurückgeführt werden.¹³⁸

Das gebräuchlichste Beispiel¹³⁹ für Marktversagen ist der Fall fehlenden oder mangelhaften Wettbewerbs, sprich des (natürlichen) Monopols.¹⁴⁰ Weitere Beispiele sind so genannte öffentliche Güter¹⁴¹, Informationsasymmetrien und begrenzt rationales Verhalten¹⁴², Koordinationsprobleme¹⁴³ und Externalitäten¹⁴⁴. In allen diesen Fällen führe der reine, unregulierte Marktmechanismus zu ineffizienten Resultaten.

Während die Rechtfertigung von Regulierung als Bekämpfung von Marktversagen im Mittelpunkt der public interest-Theorie der Regulierung steht, kennt diese auch weitere, „nicht-ökonomische“ Regulierungsziele. Dazu gehört insbesondere die Umverteilung (oder allgemeiner die Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit), Paternalismus und die Förderung von Gemeinschaftswerten.¹⁴⁵ Diese Motive staatlichen Handelns lassen sich nicht durch Effizienzerwägungen rechtfertigen, sondern bedürfen einer eigenen Art der Begründung.¹⁴⁶ Besonders umstritten ist dabei, ob und ggf. inwieweit paternalistische Motive eine legitime Rechtfertigung staatlicher Regulierung sein können.¹⁴⁷

¹³⁸ *Ledyard*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. IV, S. 300 ff.

¹³⁹ Die folgende Aufzählung ist angelehnt an *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 30–42. Siehe auch *Noll*, in: Schmalensee/Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization* (1989), Bd. II, S. 1254, 1255 f.

¹⁴⁰ *Kahn*, *The Economics of Regulation*, Bd. II (1971), S. 1–11, 113–171; siehe auch *Baldwin/Cave*, *Understanding Regulation* (1999), S. 9–11; *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 296–309; *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 30–33.

¹⁴¹ Grundlegend dazu *Samuelson*, 36 *Rev. Econ. & Stat.* 387 (1954). Siehe auch *Sandmo*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. VI, S. 739 ff.; *Wiater*, *Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt* (2013), S. 228–230.

¹⁴² Es gibt eine ganze Reihe unterschiedlicher Probleme infolge asymmetrischer Informationsverteilung; siehe den Überblick bei *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 38–41. Ein besonders bekanntes Beispiel ist das „informationsbedingte Marktversagen“ aufgrund mangelnder Fähigkeit, überdurchschnittliche Angebote glaubhaft zu signalisieren; grundlegend dazu *Akerlof*, 84 *Q. J. Econ.* 488 (1970). Zur begrenzten Rationalität grundlegend *Simon*, in: Durlauf/Blume (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. VI, S. 893 ff.

¹⁴³ *Sugden*, *The Economics of Rights, Co-operation, and Welfare* (1986), S. 5 f. (am Beispiel der Straßenverkehrsregulierung).

¹⁴⁴ *Baumol*, 62 *AER* 307 (1972); *Coase*, 3 *J. L. & Econ.* 1 (1960). Externalitäten bezeichnet Auswirkungen von Verhalten auf Dritte, die darauf keinen Einfluss nehmen können. Man unterscheidet positive Externalitäten (Trittfahrerprobleme) und negative Externalitäten; *Frutsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*⁹ (2014), S. 90–94.

¹⁴⁵ *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 46–54.

¹⁴⁶ Grundlegend zur Gegenüberstellung von equity und efficiency *Samuelson*, 37 *Rev. Econ. & Stat.* 350 (1955); für eine moderne Auseinandersetzung siehe *Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics* (2008), S. 151–217.

¹⁴⁷ Für die klassische Argumentation gegen paternalistische Regulierung siehe *Friedman*, *Capitalism and Freedom* (1962), S. 188: „Those of us who believe in freedom must believe also in the freedom of individuals to make their own mistakes. If a man knowingly prefers to live for today, to use his resources for current enjoyment, deliberately choosing a penurious old age,

bb. Public Choice-Theorie und Economic Theory der Regulierung

Die im Folgenden zu besprechenden Theorien der Regulierung leugnen nicht, dass es Fälle des Marktversagens gibt. Sie öffnen allerdings die „black box“¹⁴⁸ des Staats und analysieren das (Zusammen-)Wirken politischer Entscheidungsträger bei der Entstehung von Gesetzen, etwa indem sich die public choice-Theorie der Methode einer principal-agent-Konflikt-Analyse¹⁴⁹ bedient. Aus der Vielzahl der Theorien, welche die Auswirkung privater Interessenverfolgung innerhalb des Regulierungsprozesses behandeln,¹⁵⁰ sollen hier die public choice-Theorie sowie die so genannte „economic theory of regulation“ näher betrachtet werden.

Die public choice-Theorie (teilweise auch als „Neue Politische Ökonomie“ bezeichnet) wendet ökonomische Methoden auf traditionelle Fragen der Politikwissenschaft an, indem sie etwa Wähler wie Konsumenten und Politiker wie Unternehmer behandelt.¹⁵¹ Dabei versucht die public choice-Theorie, den Zusammenhang von politischen Handlungen und den institutionellen Rahmenbedingungen etwa der Wahl- und Abstimmungsmechanismen¹⁵² sowie den Anreizen von Wählern, Politikern und der Staatsverwaltung aufzuzeigen.¹⁵³ Viele Aussagen der public choice-Theorie sind allerdings auf das politische System der USA oder Englands zugeschnitten, so beispielsweise das median voter-Theorem, demzufolge bei einem Zwei-Parteien-System die politischen Präferenzen des mittle-

by what right do we prevent him from doing so? We may argue with him, seek to persuade him that he is wrong, but are we entitled to use coercion to prevent him from doing what he chooses to do? Is there not always the possibility that he is right and that we are wrong? Humility is the distinguishing virtue of the believer in freedom; arrogance, of the paternalist.“ Siehe dagegen *Thaler/Sunstein*, 93 AER 175 (2003), die für einen „Libertarian Paternalism“ eintreten.

¹⁴⁸ *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 115 (dort mit Bezug auf die so gleich zu behandelnde Theorie von *Stigler*).

¹⁴⁹ *Noll*, in: *Schmalensee/Willig* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization* (1989), Bd. II, S. 1254, 1262 f. Die Grundgefahr jeder principal-agent-Beziehung besteht darin, dass der Agent Anreize hat, nicht im Interesse des Prinzipals, sondern vielmehr in seinem eigenen Interesse zu handeln; siehe statt aller *Arrow*, in: *Pratt/Zeckhauser* (Hrsg.), *Principals and Agents* (1985), S. 37, 38–40.

¹⁵⁰ *Mitnick*, *The Political Economy of Regulation* (1980), S. 154 gibt eine graphische Übersicht über einen Teil dieser Theorien; konzise Darstellung bei *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 55–75.

¹⁵¹ So die Kurzbeschreibung eines der Gründerväter der Disziplin: *Tullock*, in: *Durlauf/Blume* (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*² (2008), Bd. VI, S. 722 ff.

¹⁵² Grundlegend dazu *Buchanan/Tullock*, *The Calculus of Consent* (1999), S. 36–39 und passim. Siehe auch *Arrow*, 58 J. Pol. Econ. 328 (1950), dessen „Unmöglichkeitstheorem“ zeigt, dass unter gewissen Voraussetzungen das Ergebnis von Abstimmungen sich nicht „automatisch“ aus den Präferenzen der Abstimmenden ergibt, sondern etwa durch externe Faktoren wie die Reihenfolge von Fragen beeinflusst werden kann. Gut lesbare Einführung bei *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*⁹ (2014), S. 345–348.

¹⁵³ Siehe etwa *Downs*, *An Economic Theory of Democracy* (1957), S. 207–219 (zur rationalen Apathie von Wählern hinsichtlich der Verarbeitung von Informationen); krit. dazu *Dyck/Moss/Zingales*, 56 J. L. & Econ. 521 (2013) (zur Rolle der Medien); zur Budgetmaximierung durch staatliche Bürokratie grundlegend *Niskanen*, *Bureaucracy and Representative Government* (2007), S. 45–77.

ren Wählers überdurchschnittlichen Einfluss auf die Politik gewinnen sollen.¹⁵⁴ Zusammengefasst wecken die Erkenntnisse der public choice-Theorie Befürchtungen, dass die tatsächlich zu beobachtende Regulierung weniger dem Ziel der Bekämpfung von Marktversagen verpflichtet, als vielmehr der Funktionslogik des politischen Betriebs geschuldet sein könnte, insbesondere dem Bestreben der Politiker nach Machterhalt und Wiederwahl.

Obwohl sich die public choice-Theorie auch mit der Rolle von Interessengruppen innerhalb des politischen Prozesses befasst,¹⁵⁵ blendet sie die Bedeutung der betroffenen Wirtschaftsunternehmen weitgehend aus. Demgegenüber steht der Einfluss der regulierten Industrien auf Entstehung und Inhalt von Regulierung im Mittelpunkt der von *George Stigler* begründeten so genannten „economic theory of regulation“.¹⁵⁶ Ihr Vorgänger war die so genannte „capture-Theorie“, derzufolge es regulierten Unternehmen regelmäßig gelinge, die sie regulierende Behörde in eine Art „Geiselhaft“ zu nehmen.¹⁵⁷ Die economic theory of regulation verallgemeinert diese Analyse, indem sie argumentiert, dass die meiste Regulierung wesentlich durch Lobbyismus existierender Marktteilnehmer geformt werde mit dem Ziel, die eigene Wettbewerbsposition zu zementieren, den Markteintritt möglicher neuer Konkurrenten zu verhindern und dadurch monopolartige „Renten“ zu erzielen. Damit vertritt die economic theory of regulation die These, dass Regulierung – anders als von der public interest-Theorie der Regulierung angenommen – nicht zur Verminderung von Marktversagen führe, sondern ganz im Gegenteil neue Quellen des Marktversagens schaffe.

Aus rechtsdogmatischer Sicht fällt erneut auf, dass sich auch die ökonomische Regulierungstheorie – sowohl in der Ausprägung als public interest-Theorie als auch private interest-Theorie – vornehmlich auf öffentlich-rechtliche Instrumente und Regulierungsbehörden bezieht. Nur vereinzelt wird die Eignung zi-

¹⁵⁴ Grundlegend *Black*, 56 J. Pol. Econ. 23 (1948).

¹⁵⁵ Siehe insbesondere die grundlegende Arbeit von *Olson*, *The Logic of Collective Action*² (1971), S. 132–167.

¹⁵⁶ Grundlegend *Stigler*, 2 Bell J. Econ. & Manage. Sci. 3 (1971). Siehe auch *Peltzman*, 19 J. L. & Econ. 211 (1976); *Posner*, 5 Bell J. Econ. & Manage. Sci. 335 (1974).

¹⁵⁷ Wichtige Vorarbeiten bei *Bernstein*, *Regulating Business by Independent Commission* (1955), S. 74–102, der einen „Lebenszyklus“ von Regulierungsbehörden entwirft, innerhalb dessen die politische Aufmerksamkeit und Unterstützung für die Behörde beständig nachlässt und damit schließlich der regulierten Industrie überdimensionalen Einfluss gewährt, und *Huntington*, 61 Yale L. J. 467 (1952), der den Niedergang der Interstate Commerce Commission (ICC) analysiert. Für die weitere Entwicklung siehe insbesondere *Hilton*, 62 AER 47 (1972); *Russell/Shelton*, 20 Public Choice 47 (1974); *Quirk*, *Industry Influence in Federal Regulatory Agencies* (1981), S. 16–21; *Levine/Forrence*, 6 JLEO 167 (1990); *Laffont/Tirole*, 106 Q. J. Econ. 1089 (1991). Diese Theorie bezieht sich allerdings maßgeblich auf so genannte „independent agencies“, wie sie in den USA existieren. Diese Regulierungsbehörden unterstehen nicht der Präsidentschaftsverwaltung, sondern dem Kongress; dazu sogleich S. 38 ff. Aus dieser Struktur folgt eine besondere Art der politischen Verantwortlichkeit und des politischen Einflusses, die nicht durch Überwachung der Regierung erfolgen, sondern durch die Fähigkeit, das Interesse der Abgeordneten zu erlangen.

vilrechtlicher Instrumente zur Regulierung beleuchtet,¹⁵⁸ während allgemein das Privatrecht als Gegenpol staatlicher Regulierung betrachtet wird.¹⁵⁹

2. „Regulation“ im angloamerikanischen Rechtskreis

Das Konzept der Regulierung hat im angloamerikanischen Rechtskreis, anders als in Deutschland, wo es erst seit relativ kurzer Zeit diskutiert wird, eine lange Tradition. Seine Ursprünge lassen sich zurückverfolgen auf die Industrialisierung im 19. Jahrhundert und die Entstehung des Wohlfahrtsstaates Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts.¹⁶⁰ In England gilt der Regulation of Railways Act 1844¹⁶¹ als erstes „Regulierungsgesetz“ im Sinne einer gesetzlichen Preiskontrolle natürlicher Monopole.¹⁶²

Besonders wichtig ist das Regulierungskonzept im US-amerikanischen Recht. Bereits das Verfassungsrecht stellt eine enge Verbindung zwischen Regulierung und Wirtschaftsgesetzgebung her: Gemäß Art. I, § 8, cl. 3 US-Verfassung steht dem Kongress das Recht zu, „To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes“. ¹⁶³ Der Ausdruck „regulation“ stellt darüber hinaus einen juristischen terminus technicus dar, der durch die Exekutive erlassene Rechtsnormen, ähnlich einer Rechtsverordnung im Sinne von Art. 80 GG, bezeichnet. ¹⁶⁴ Die Verbreitung dieser Art von Gesetzgebung ist historisch eng verbunden mit dem Aufstieg der „independent regulatory agencies“, die seit dem Ende des 19. Jahrhunderts existieren und sich insbesondere durch den „New Deal“ der 1930er Jahre sprunghaft vermehrten. ¹⁶⁵ Dabei handelt

¹⁵⁸ Ogus, Regulation (2004), S. 257–261; siehe aber auch ebd. S. 260: „Private‘ regulation is peripheral to the subject-matter of this book“.

¹⁵⁹ Siehe erneut Coase, 3 J. L. & Econ. 1 (1960).

¹⁶⁰ B. Lange, in: Cane/Conaghan (Hrsg.), The New Oxford Companion to Law (2008), S. 996.

¹⁶¹ An Act to attach certain Conditions to the Construction of future Railways authorized or to be authorized by any Act of the present or succeeding Sessions of Parliament; and for other Purposes in relation to Railways, 9th August 1844 (7 & 8 Victoria C. 85). Siehe dort VI.: „... The Fare or Charge for each Third Class Passenger by such Train shall not exceed One Penny for each Mile travelled ...“.

¹⁶² McLean/McMillan, The Concise Oxford Dictionary of Politics³ (2009), s. v. regulation.

¹⁶³ So genannte „commerce clause“; diese Klausel ist Grundlage fast aller durch den Kongress erlassenen US-Wirtschaftsgesetze. Nach der Entscheidung des U.S. Supreme Court zur Gesundheitsreform setzt die commerce clause allerdings voraus, dass bereits wirtschaftliche Aktivitäten bestehen und rechtfertigt deshalb keine Regelungen wie einen Kontrahierungszwang, die erst zur Entstehung einer Aktivität führen; vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S.Ct. 2566, 2586–2591 (U.S. 2012).

¹⁶⁴ Siehe beispielsweise 5 U.S.C. § 301 (2014): „departmental regulations“. Einzelne Normen dieser regulations werden als „rules“ bezeichnet. So besteht etwa die Regulation D der Securities and Exchange Commission (17 C.F.R. §§ 230.500 et seq.) (2015) aus den Rules 501 bis 508. Der Begriff „rule“ ist legaldefiniert im Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551(4) (2014), während eine Legaldefinition des Begriffs „regulation“ nicht zu existieren scheint.

¹⁶⁵ Kurzer historischer Überblick bei Breyer/Stewart/Sunstein u. a., Administrative Law and Regulatory Policy⁷ (2011), S. 15–29.

es sich um unabhängige Regulierungsbehörden, die mit eigener rulemaking-power ausgestattet und nicht Teil der Regierung im engeren Sinne (also der Präsidentialverwaltung) sind, sondern einer direkten Aufsicht durch den Kongress unterliegen.¹⁶⁶ Getragen von einer Planungseuphorie¹⁶⁷ war die Schaffung unabhängiger Regulierungsbehörden Ausdruck des Versuchs, Politik und Verwaltung zu trennen und letztere den „Experten“ zu überantworten.¹⁶⁸ Die gewaltige Zunahme der Regulierungsbehörden mit teilweise überschneidenden Kompetenzen führte dazu, dass das politische System der USA bald mit dem Label „regulatory state“ versehen wurde.¹⁶⁹ Die Besonderheit dieses regulatory state besteht darin, dass keine allgemeinen Verwaltungsbehörden existieren, sondern eine Vielzahl von einzelnen agencies, die zumeist aufgrund eines konkreten Anlasses gegründet werden und deren Aufgabe sich darauf beschränkt, das identifizierte Problem zu lösen.¹⁷⁰

An dieser Stelle zeigt sich eine enge Verknüpfung des Regulierungskonzepts mit der ökonomischen Regulierungstheorie: Bereits bei der Schaffung der ersten independent regulatory agency, der 1887 gegründeten Interstate Commerce Commission, ging es darum, die Ausnutzung von Monopolmacht durch Eisenbahnunternehmen zu verhindern.¹⁷¹ Seitdem wird die Errichtung neuer agencies und der Erlass neuer regulations im Bereich der Wirtschaftsverwaltung standardmäßig unter Rekurs auf das ökonomische Konzept des Marktversagens gerechtfertigt.¹⁷² Infolgedessen haben sich in den USA inzwischen so genannte „regulated industries“ herausgebildet, die der Regulierung durch eine oder mehrere agencies unterliegen. Darunter versteht man private Industriezweige, die Leistungen der Daseinsvorsorge erbringen und dabei die Stellung eines (natürlichen) Monopols erlangen, weshalb sie im öffentlichen Interesse einer besonderen, über das allgemeine Antitrust-Recht hinausgehenden, Aufsicht insbesondere auch über die Preisgestaltung unterworfen werden.¹⁷³ Das Konzept der Regulie-

¹⁶⁶ Breyer/Stewart/Sunstein u. a., *Administrative Law and Regulatory Policy*⁷ (2011), S. 131–134 sowie Miller, 1986 Sup. Ct. Rev. 41 (für die Verfassungswidrigkeit derartiger agencies ohne Weisungsrecht des Präsidenten). Aus deutscher Sicht Lepsius, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht* (2010), § 1 Rn. 35–40; Masing, AöR 128 (2003), 558, 586 f.

¹⁶⁷ Siehe dazu bereits S. 17.

¹⁶⁸ Yeung, in: Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation* (2010), S. 64, 72.

¹⁶⁹ Ausführlich zur Begriffsgeschichte Levi-Faur, in: ders. (Hrsg.), *Handbook on the Politics of Regulation* (2011), S. 662–668.

¹⁷⁰ Breyer/Stewart/Sunstein u. a., *Administrative Law and Regulatory Policy*⁷ (2011), S. 89 f.; aus deutscher Sicht Masing, AöR 128 (2003), 558, 584. Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe auch die Beiträge in Schulz/Schmoeckel/Hausman (Hrsg.), *Regulation between Legal norms and Economic Reality* (2014).

¹⁷¹ Vgl. Sharfman, *Railway Regulation* (1915), S. 17–19 und passim.

¹⁷² Grundlegend aus rechtswissenschaftlicher Perspektive Breyer, *Regulation and Its Reform* (1982), S. 15–35; Sunstein, *After the Rights Revolution* (1990), S. 48–55.

¹⁷³ Einführend Pierce/Gellhorn, *Regulated Industries in a Nutshell*⁴ (1999), S. 1–23. Aus deutscher Sicht Säcker, AöR 130 (2005), 180, 192–194. Die besondere Notwendigkeit einer solchen Regulierung und ihre langjährige Tradition in den USA ergeben sich daraus, dass dort

rung reicht aber weit über diesen Spezialfall hinaus und erfasst im Ergebnis die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung, sei es aus ökonomischen Effizienzmotiven, aus Gründen der Umverteilung oder mit sonstigen Zielen.¹⁷⁴

Die enge Anbindung des Regulierungsrechts an die ökonomische Theorie führte auch zu einer schnellen Rezeption der regulierungskritischen Ansätze, insbesondere der capture-Theorie.¹⁷⁵ Politisch gewannen die Kritiker nach der Wahl von *Ronald Reagan* zum US-Präsidenten im Jahr 1981 die Oberhand. Die Präsidentschaft von *Reagan* steht für einen Scheidepunkt im amerikanischen Regulierungsrecht, der verbunden ist mit einer Zunahme an Kontrolle durch die Präsidentialverwaltung. Kurz nach seinem Amtsantritt erließ *Reagan* eine „Executive Order“ zur regulatory analysis und einige Zeit später eine weitere zu regulatory planning. Unter der Präsidentschaft von *Bill Clinton* wurden diese Orders konsolidiert und neu gefasst unter dem Titel „regulatory planning and review“. ¹⁷⁶ Diese Order gilt im Wesentlichen bis heute fort und etabliert weitreichende Pflichten der agencies innerhalb des Normgebungsprozesses, die insbesondere darin bestehen, eine aufwändige cost-benefit analysis durchzuführen.¹⁷⁷ Verstärkt werden diese Pflichten durch die zentrale Rolle des „Office of Management and Budget“ und des dort lokalisierten „Office of Information and Regulatory Affairs“¹⁷⁸, die innerhalb des Prozesses zum Erlass von regulations eine begleitende Kontrolle übernehmen und den Entwürfen frühzeitig zustimmen müssen.¹⁷⁹ Eine besondere Durchsetzungsstärke haben die Regeln über die Kostenfolgenabschätzungen dadurch erhalten, dass Bundesgerichte dazu übergegangen sind, konkrete regulations wegen einer fehlerhaften cost-benefit analysis im Normgebungsverfahren für nichtig zu erklären.¹⁸⁰

Leistungen der Daseinsvorsorge traditionell von Privatunternehmen erbracht werden, während in Europa lange Zeit der Staat selbst die Bereitstellung übernahm; vgl. *Masing*, AÖR 128 (2003), 558, 572, 603.

¹⁷⁴ Siehe den Überblick über Regulierungsmotive bei *Breyer/Stewart/Sunstein u. a.*, Administrative Law and Regulatory Policy⁷ (2011), S. 4–12.

¹⁷⁵ Zu dieser oben S. 37.

¹⁷⁶ Ex. Ord. No. 12866, Sept. 30, 1993, 58 F.R. 51735. Dazu *Kagan*, 114 Harv. L. Rev. 2245, 2285–2290 (2001).

¹⁷⁷ *Sunstein*, The Stunning Triumph of Cost-Benefit Analysis, 2012 (<http://www.bloomberg.com/news/print/2012-09-12/the-stunning-triumph-of-cost-benefit-analysis.html>).

¹⁷⁸ Zu dessen Aufgaben siehe *Sunstein*, 126 Harv. L. Rev. 1838 (2013).

¹⁷⁹ Siehe die Darstellung des aufwändigen Normgebungsprozesses bei *Breyer/Stewart/Sunstein u. a.*, Administrative Law and Regulatory Policy⁷ (2011), S. 148 f.

¹⁸⁰ *Business Roundtable v. S.E.C.*, 647 F.3d 1144, 1148–1154 (D.C. Cir. 2011). In diesem Fall ging es um eine von der Securities and Exchange Commission erlassenen Rule über das Vorschlagsrecht von Aktionären zur Abstimmung der Hauptversammlung von Aktiengesellschaften. Zur Begründung führte das Berufungsgericht für den District of Columbia aus (ebd., S. 1148 f.): „... the [SEC] inconsistently and opportunistically framed the costs and benefits of the rule; failed adequately to quantify the certain costs or to explain why those costs could not be quantified; neglected to support its predictive judgments; contradicted itself; and failed to respond to substantial problems raised by commenters.“

Neben Einschränkungen des Regulierungsprozesses kam es seit den 1970er Jahren aber auch zu umfassenden Deregulierungsprogrammen. Gegenstand der Liberalisierung waren zunächst die Luftfahrtbranche, die Transportbranche, die Gasindustrie und die Telekommunikationsbranche.¹⁸¹ Die Phase der Deregulierung reichte bis in die Präsidentschaft von *Bill Clinton*, der etwa durch die Aufhebung des Trennbankenprinzips wesentlich zur Deregulierung des Finanzsektors beitrug.¹⁸²

Im Vereinigten Königreich, wo anders als in den USA viele Leistungen der Daseinsvorsorge zunächst durch staatliche Unternehmen erbracht wurden, kam es unter der Regierung von *Margaret Thatcher* in den 1980er Jahren ebenfalls zu einem umfangreichen Deregulierungs- und Privatisierungsprogramm.¹⁸³ Spätestens seit der Wirtschafts- und Finanzkrise der Jahre 2007/2008 ist die Deregulierung in den USA und Großbritannien aber politisch wieder auf dem Rückzug.

3. Regulierungsbegriff im deutschen Öffentlichen Recht

In der deutschen Rechtswissenschaft wurde das Konzept der Regulierung zuerst im Öffentlichen Recht rezipiert. Dabei wurde der Regulierungsbegriff aus unterschiedlichen Kontexten und zu unterschiedlichen Zwecken übernommen. Im Folgenden soll zwei wichtigen Wegen nachgegangen werden, auf denen der Regulierungsbegriff in das deutsche Öffentliche Recht Einzug gehalten hat: der Deregulierungs- und Privatisierungsbewegung einerseits und der so genannten „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ andererseits.

a. Deregulierung: Der Zusammenhang von Privatisierung und Regulierung

Obwohl der Ausdruck „Regulierung“ in der deutschen Rechtsterminologie – insbesondere in rechtsvergleichenden Studien zu den USA¹⁸⁴ – schon vorher sporadisch vorkam,¹⁸⁵ erhielt er einen enormen Schub durch die so genannte Deregulation

¹⁸¹ Breyer/Stewart/Sunstein u. a., *Administrative Law and Regulatory Policy*⁷ (2011), S. 204–206; Breyer, *Regulation and Its Reform* (1982), S. 197 f., 228 f., 237 f., 259, 285–287, 317–340; Brodley, 51 Ind. L. J. 682 (1976); Wood, 1987 BYU L. Rev. 381, 450–452.

¹⁸² Gramm-Leach-Bliley Act, Pub. L. No. 106–102, 113 Stat. 1338 vom 12. November 1999.

¹⁸³ Ogus, *Regulation* (2004), S. 10–12; das programmatische White Paper war *Minister without Portfolio, Lifting the Burden* (1985).

¹⁸⁴ Stellvertretend Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung* (1979), S. 341–359.

¹⁸⁵ Laut Müller/Vogelsang, *Staatliche Regulierung* (1979), S. 341 soll der Ausdruck „staatliche Regulierung“ auf Emil Sax zurückgehen. Vgl. Sax, *Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft*, Bd. II (1879), S. 135 („staatliche Regulierung der Eisenbahnen; ein Zwitterding zwischen Privat- und Gemeinwirtschaft“). Siehe dazu auch Eifert, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat* (1998), S. 20. Bereits im zivilrechtlichen Kontext Hedemann, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, Bd. II.1 (1930), S. 1 („[Die Rechtsordnung] begann sich auf das Regulieren der Freiheit zu werfen.“).

lierungsdebatte der 1980er und 90er Jahre.¹⁸⁶ Diese führte 1987 zur Einsetzung der „Deregulierungskommission“, welche ihre Abschlussberichte 1990 und 1991 vorlegte.¹⁸⁷ Angestoßen durch amerikanische Erfahrungen und das umfangreiche Deregulierungsprogramm in England unter der Regierung von *Margaret Thatcher* entwickelte sich auch in Deutschland eine Debatte über die Abschaffung oder Abschwächung staatlicher Eingriffe in den Wettbewerb.¹⁸⁸ Dabei richtete sich die Aufmerksamkeit anfangs auf ein weites Spektrum der Wirtschaftsgesetzgebung, wie etwa Alternativen zum handwerksrechtlichen Meisterzwang, baurechtliche Vorgaben, das Aktien- und Börsenrecht und das Arbeitsrecht.¹⁸⁹ Bereits von Beginn an nahm allerdings die Privatisierung der staatlichen Infrastruktur und Daseinsvorsorge einen zentralen Rang ein.¹⁹⁰

Mit dem groß angelegten Privatisierungsprogramm im Bereich der Infrastruktur und Daseinsvorsorge,¹⁹¹ das in den 1990er Jahren mit der Privatisierung von Bundesbahn¹⁹² und Bundespost¹⁹³ seinen Höhepunkt fand, geriet die Privatisierung vollends in den Mittelpunkt der Deregulierungsdebatte.¹⁹⁴ Inzwischen

¹⁸⁶ Die Literatur zum Thema Deregulierung ist ausufernd. Zur deutschen ökonomischen Debatte in den 1980er Jahren siehe etwa die (Sammel-)Bände *Horn / Knieps / Müller*, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlußfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland (1988); *Krakowski* (Hrsg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland (1988); *Soltwedel / Busch / Groß u. a.*, Deregulierungspotentiale in der Bundesrepublik (1986); *Wilkens* (Hrsg.), Deregulierung als ordnungs- und prozeßpolitische Aufgabe (1986); *Windisch* (Hrsg.), Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation (1987). Aus juristischer Sicht etwa *Basedow*, in: ders. (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen (2002), S. 26 ff.

¹⁸⁷ Gemeinsam veröffentlicht in *Deregulierungskommission*, Marktöffnung und Wettbewerb (1991).

¹⁸⁸ *Kurz*, in: *Wilkens* (Hrsg.), Deregulierung als ordnungs- und prozeßpolitische Aufgabe (1986), S. 41, 42.

¹⁸⁹ Dies sind ausgewählte Beispiele aus dem Bericht über die Deregulierungsmaßnahmen der Bundesregierung vom 29.04.1994, BT-Drucks. 12/7468. Spätestens seit der Finanzkrise ist das Thema Deregulierung in Deutschland weitgehend von der rechtspolitischen Agenda verschwunden; der 68. Deutsche Juristentag befasste sich allerdings noch im Jahr 2010 mit dem Thema „Deregulierung der Freien Berufe“, siehe *Kämmerer*, Gutachten H für den 68. DJT (2010).

¹⁹⁰ Siehe z.B. Jahreswirtschaftsbericht 1990 der Bundesregierung vom 22.01.1990, BT-Drucks. 11/6278, dort Tz. 28 und Übersicht 2.

¹⁹¹ Zu den europarechtlichen Zwängen zur Privatisierung siehe *Weiß*, AöR 128 (2003), 91 ff.

¹⁹² Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 27.12.1993, BGBl. I, S. 2378.

¹⁹³ Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation vom 14.09.1994, BGBl. I, S. 2325. Mit diesem Gesetz erfolgte die eigentliche Privatisierung, d.h. die Umwandlung der öffentlichen Post- und Telekommunikationsunternehmen des Bundes in privatrechtliche Aktiengesellschaften. Die Aufteilung der vorher einheitlichen Bundespost in drei öffentliche Teilunternehmen Postdienst, Postbank und Telekom war bereits durch das Gesetz zur Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens und der Deutschen Bundespost vom 08.06.1989, BGBl. I, S. 1026 erfolgt.

¹⁹⁴ Zur Privatisierung von Bundespost und Bundesbahn *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung⁴ (2011), S. 157–167. Zum Zusammenhang von Privatisierung und Deregulierung *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999), S. 2–5; *Kämmerer*, Privatisierung (2001), S. 55; *König / Benz*, in: dies. (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung (1997), S. 11, 25 f.; *Möschel*, JZ 1988, 885, 888.

sind eine Vielzahl früherer Staatsbetriebe sowohl auf Bundes- als auch auf Landes- und insbesondere Kommunalebene ganz oder teilweise privatisiert und die entsprechenden Märkte für private Wettbewerber geöffnet¹⁹⁵ und es lassen sich bereits Gegenteilstendenzen feststellen.¹⁹⁶ Im Mittelpunkt der Privatisierungsprojekte standen die so genannten „Netzwirtschaften“¹⁹⁷, das sind Industriezweige, die Leistungen der Daseinsvorsorge wie Energieversorgung, Transport-, Post- und Telekommunikationsdienste erbringen, deren Eigenart darin besteht, dass sie natürliche Monopole darstellen.¹⁹⁸ Da aufgrund dieser besonderen Struktur der Netzwirtschaften nicht zu erwarten ist, dass der unregulierte freie Wettbewerb zufriedenstellend funktioniert, hat sich im Öffentlichen Recht die Meinung durchgesetzt, dass den Staat eine so genannte „Gewährleistungsverantwortung“¹⁹⁹ für das Funktionieren der neu geschaffenen Märkte trifft, dass es eines „Privatisierungsfolgenrechts“²⁰⁰ bedarf, das über die allgemeine wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV, § 19 GWB) hinausreicht. Zu diesem Zweck wurden im Zuge der Privatisierung eine Reihe von Gesetzen erlassen, die den Wettbewerb auf den neu geöffneten Märkten sicherstellen sollen, so etwa das AEG²⁰¹, das PostG²⁰², das TKG²⁰³ und das EnWG²⁰⁴. Diese Gesetze,

¹⁹⁵ Überblicke bei *Kämmerer*, Privatisierung (2001), S. 74–83; *Püttner*, LKV 1994, 193 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 12 Rn. 97–100.

¹⁹⁶ Siehe dazu *Bauer*, JZ 2014, 1017 ff. („Publizisierung“).

¹⁹⁷ Ausführlich zum Begriff *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften (2004), S. 40–58.

¹⁹⁸ *Basedow*, in: FS Immenga (2004), S. 3, 9 f.

¹⁹⁹ Im öffentlich-rechtlichen Diskurs wird die „Gewährleistungsverantwortung“ von der „Erfüllungsverantwortung“ abgegrenzt. Während der Staat im Rahmen der Erfüllungsverantwortung die „Erfüllung“ von Staatsaufgaben selbst übernimmt, etwa indem er Postdienste und Eisenbahnen in der Form öffentlicher Unternehmen selbst betreibt, liegt der „Gewährleistungsverantwortung“ eine „Verantwortungsteilung“ (grundlegend *Vofskuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat* (1999), S. 47 ff.; *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47 ff.) zugrunde: Der Staat überlässt die eigentliche Aufgabenerbringung der Privatwirtschaft und „gewährleistet“ (vgl. Art. 87e Abs. 4 S. 1 und Art. 87f Abs. 1 GG) lediglich, dass diese im Einklang mit dem Gemeinwohl erfolgt; siehe *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 167, 201 f.; *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat (1998), S. 18–22; *Vofskuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 307–326; *Säcker*, AöR 130 (2005), 180, 186–191; *Burgi*, Gutachten D für den 67. DJT (2008), S. D94–D100; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht* (2010), § 7 Rn. 31 f. Kritisch zum Konzept der „Verantwortung“ *Klement*, Verantwortung (2006), S. 87–89. Siehe zum Ganzen auch unten S. 236.

²⁰⁰ Zum Begriff *Bauer*, in: VVDStRL 54 (1995), S. 243, 279; *Burgi*, NVwZ 2001, 601 ff.; *Ruffert*, AöR 124 (1999), 237, 239 f.

²⁰¹ Allgemeines Eisenbahngesetz vom 27.12.1993, BGBl. I. S. 2396.

²⁰² Postgesetz vom 22.12.1997, BGBl. I, S. 3294.

²⁰³ Telekommunikationsgesetz vom 22.06.2004, BGBl. I, S. 1190; dieses Gesetz ersetzte das Telekommunikationsgesetz vom 25.07.1996, BGBl. I, S. 1120.

²⁰⁴ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz) vom 07.07.2005, BGBl. I, S. 1970; dieses Gesetz ersetzte das Energiewirtschaftsgesetz vom 24.04.1998, BGBl. I, S. 730.

deren Durchführung inzwischen weitgehend der Bundesnetzagentur obliegt, unterwerfen die Netzwirtschaften einer so genannten „Regulierung“ (vgl. § 14b AEG, § 2 PostG, § 2 TKG, § 1 Abs. 2 EnWG), die ihr rechtsvergleichendes Vorbild in den US-amerikanischen regulated industries findet.²⁰⁵ Kernstück dieser Regulierung ist die behördliche Kontrolle der von den Netzbetreibern erhobenen Entgelte (vgl. §§ 12, 14 Abs. 4 und 5 AEG, §§ 19–27 PostG, §§ 27–39 TKG, § 23a EnWG). Inzwischen hat es sich eingebürgert, diese Art von Privatisierungsfolgenrecht als „Regulierungsrecht“ zu bezeichnen.²⁰⁶

Als Ergebnis der Deregulierungs- und Privatisierungsbewegung haben sich zwei sehr unterschiedliche Bedeutungen des Begriffs „Regulierung“ im deutschen öffentlich-rechtlichen Diskurs herausgebildet, ein enger und ein weiter Regulierungsbegriff.²⁰⁷ Der weite Regulierungsbegriff ergibt sich aus der Gegenüberstellung von Deregulierung und Regulierung. Demzufolge ist Regulierung der Teil des Rechts, der Gegenstand von Deregulierung sein kann; materiell betrachtet also diejenigen Rechtsvorschriften, welche die Freiheit des Marktes in irgendeiner Weise beschränken.²⁰⁸ Dem steht ein enger Regulierungsbegriff gegenüber, wonach als Regulierung nur solche Vorschriften gelten dürfen, die der Schaffung und Aufrechterhaltung des Wettbewerbs in gemeinwohlrelevanten Bereichen wie der Daseinsvorsorge dienen, wobei im Mittelpunkt die Kontrolle des durch die privaten Anbieter erhobenen Entgelts auf seine Gemeinwohlverträglichkeit steht.²⁰⁹

Diese unterschiedlichen Regulierungsbegriffe dürften auch die Erklärung dafür sein, dass die allgemein konstatierte Zunahme an Regulierung in den vergangenen Jahren teils als Rückzug, teils aber als Ausufern des Staates angesehen wird.²¹⁰

²⁰⁵ Masing, AöR 128 (2003), 558, 602–606. Zu den regulated industries siehe oben S. 39.

²⁰⁶ v. Danwitz, DÖV 2004, 977, 980–982; Säcker, AöR 130 (2005), 180 ff.; Fehling / Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (2010). Kritisch zu Versuchen, diesen Regulierungsbegriff weiter auszudehnen, Burgi, JZ 2013, 745, 752 f.

²⁰⁷ Ähnlich R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht (1990), S. 48; Stober, in: FS Scholz (2007), S. 943, 945.

²⁰⁸ Deregulierungskommission, Marköffnung und Wettbewerb (1991), S. 1–6; Basedow, in: FS Immenga (2004), S. 3, 4; König / Benz, in: dies. (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung (1997), S. 11, 45–47; R. Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht (1990), S. 48 f. Vgl. auch Ruffert, AöR 124 (1999), 237, 241 f.

²⁰⁹ Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung⁴ (2011), S. 171 f.; Ruffert, in: Fehling / Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (2010), § 7 Rn. 58; H. C. Röhl, JZ 2006, 831, 832; Schorkopf, JZ 2008, 20, 21 f.; Stober, in: FS Scholz (2007), S. 943, 946 f.

²¹⁰ Regulierung als Rückzug des Staates deutend z.B. Grimm, Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität (2012), S. 34, 38; Kämmerer, Privatisierung (2001), S. 570; Schoch, in: Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 147, 152; Regulierung als Übergriffigkeit des Staates deutend z.B. Basedow, in: Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85, 95–97; Möschel, in: FS Immenga (2004), S. 277, 284.

b. Regulierung im Kontext der „Neuen Verwaltungswissenschaft“

Parallel zu den soeben beschriebenen Phänomenen der Privatisierung und Deregulierung, die erhebliche Änderungen des Verwaltungs- und Verfassungsrechts bedingten, unterzog sich das deutsche Öffentliche Recht als Wissenschaftsdisziplin in den vergangenen 15 bis 20 Jahren einem grundlegenden Wandel, für den sich der Ausdruck „Neue Verwaltungswissenschaft“ durchgesetzt hat.²¹¹ Inhaltlich lautet die Devise: „Von der anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“.²¹² Im Kern geht es deshalb vor allem darum, die überkommene „juristische Methode“ auf den Prüfstand zu stellen und die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht²¹³ für neue Methodenansätze zu öffnen. Dabei wird an erster Stelle die Hinwendung zur Steuerungswissenschaft²¹⁴ genannt, aber auch zur Governance-Theorie.²¹⁵ Es wird konstatiert, das Öffentliche Rechts entwickle sich weg von Konditionalprogrammen, hin zu finalen Programmen, „die der Verwaltung Ziele vorgeben und sich im Übrigen mit der Aufzählung von Gesichtspunkten und Mitteln begnügen, die bei der Zielverfolgung zu beachten und zu benutzen sind“.²¹⁶ Um diesen Veränderungen wissenschaftlich Herr zu werden, propagiert die Neue Verwaltungswissenschaft den Einsatz von Schlüsselbegriffen, Leitbildern und Referenzgebieten.²¹⁷ Als Kehrseite verliert dadurch das

²¹¹ Einführend *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 19–31; *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1. Die Bezeichnung als „Neue Verwaltungswissenschaft“ findet sich erstmals bei *Bumke*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft (2004), S. 73, 103 und *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungswissenschaft (2004), S. 9, 13; zum Begriff „Neue Staatsrechtswissenschaft“ siehe *Voßkuhle*, Der Staat 40 (2001), 495, 502 f. Als Beginn der Neuorientierung kann man eine Serie von Forschungsprojekten ansehen, die von *Wolfgang Hoffmann-Riem* und *Eberhard Schmidt-Aßmann* initiiert wurden und unter dem Titel „Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts“ in zehn Bänden zwischen 1993 und 2004 erschienen.

²¹² *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 15.

²¹³ Die Neue Verwaltungswissenschaft fokussiert sich, wie der Name nahelegt, auf das Verwaltungsrecht. Zur Paralleldiskussion in der Staatsrechtswissenschaft siehe etwa *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7 (2007).

²¹⁴ *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 18–31; *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 17–28. Zur Steuerungswissenschaft siehe oben S. 19 f.

²¹⁵ *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht (2010), § 7 Rn. 37 f.; *Trute/Kühlers/Pilniok*, PVS Sonderheft Nr. 41 (2008), S. 173 ff. Die deutsche Governance-Forschung wird maßgeblich durch den Staats- und Verwaltungsrechtler *Gunnar Folke Schuppert* geprägt; siehe oben S. 21 mit Fn. 44.

²¹⁶ *Grimm*, Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität (2012), S. 38; gleichsinig bereits *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 291, 300.

²¹⁷ *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 40–45.

alte rechtsstaatliche Programm des Verwaltungsrechts, das im Wesentlichen auf juristischer Form beruhte, seinen Einfluss.²¹⁸

Im Zuge der Neuausrichtung der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht hin zu einer Steuerungswissenschaft hat sich der Begriff „Regulierung“ zu einer anerkannten analytischen Kategorie verfestigt. In diesem Kontext wird Regulierung verstanden als „jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse [...], die einen spezifischen, aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht zentrales Medium und Grenze findet“²¹⁹. Dieser Regulierungsbegriff, vor allem aber seine sogleich zu beleuchtende Verwendung im Rahmen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, wird am besten mit Blick auf seine Genese verständlich. Zunächst führte *Wolfgang Hoffmann-Riem* in einer Untersuchung des Verhältnisses von Öffentlichem Recht und Privatrecht als „wechselseitige Auffangordnungen“ den Begriff der Regulierung ein und unterschied dabei vier „Grundtypen“: (1) staatliche imperative Regulierung; (2) staatliche Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente; (3) staatlich regulierte Selbstregulierung; (4) private Selbstregulierung.²²⁰ Aufbauend auf diese Klassifizierung versucht etwa *Martin Eifert*, mit dem Regulierungsbegriff die „Perspektivenverschiebung“ zur Handlungs- und Entscheidungswissenschaft aufzunehmen und damit einen „Beitrag zur verwaltungswissenschaftlichen und -rechtlichen Systembildung [zu] leisten“, indem er „Muster staatlicher Intervention und gesellschaftlicher Wirkungen“ herausarbeitet.²²¹ Teilweise wird der Regulierungsbegriff auch an das im Zusammenhang mit Privatisierung und Deregulierung entwickelte Konzept der Gewährleistungsverantwortung²²² zurückgebunden und Regulierung als „Kernelement der Gewährleistungsverwaltung“ bezeichnet.²²³ Obwohl der Regulierungsbegriff nach der eben gegebenen Definition sehr weit ist, wird er im Kontext der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft primär dazu verwendet, verschiedene Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung zu bezeichnen. Hier zeigt sich die Begriffsentstehung aus dem Kontext der Abgrenzung staatlicher Regulierung von Selbstregulierung, denn das wissenschaftliche Hauptinteresse gilt den Mischformen staatlichen und privaten Zusammenwirkens (so genannte „regulierte Selbstregulierung“).²²⁴

²¹⁸ *Engel*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 205, 222 f.

²¹⁹ *Eifert*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 19 Rn. 5.

²²⁰ *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 261, 300–304. Später spricht *Hoffmann-Riem* insoweit von „Regulierungsstrategien“; vgl. *ders.*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II² (2012), § 33 Rn. 96.

²²¹ *Eifert*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 19 Rn. 7 f. Zurückhalten der *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht* (2010), § 7 Rn. 34, dem zufolge Regulierung im Rahmen der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaften „zu anderen Konzepten in Konkurrenz um die Deutungshoheit über den Wandel im Öffentlichen Recht“ trete.

²²² Siehe S. 43 mit Fn. 199.

²²³ *Schoch*, in: *Bitburger Gespräche 2008/I* (2009), S. 147, 157 f.

²²⁴ Die öffentlich-rechtliche Literatur zur Analyse von Mischformen staatlicher Regulie-

Damit fügt die verwaltungswissenschaftliche Diskussion den beiden oben genannten Regulierungsbegriffen („Regulierung als Einschränkung der Marktfreiheit“ und „Regulierung als staatliche Schaffung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb in gemeinwohlrelevanten Märkten“) einen dritten, noch weiteren Begriff der Regulierung („Regulierung als staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse“) hinzu, der insbesondere die Begrenzung des Konzepts auf Märkte aufgibt.

Aus privatrechtlicher Sicht fällt auf, dass der Regulierungsbegriff in der öffentlich-rechtlichen Diskussion entweder auf hoheitlich vollzogenes Öffentliches Recht bezogen wird oder auf durch Private im Wege der Selbstregulierung gesetzte Standards. Im Rahmen der Mischformen wird diskutiert, wie der Staat gesellschaftliche Verbände, Unternehmen oder ähnliche Kollektive hinsichtlich deren Selbstregulierungsaktivitäten regulieren kann. Der Einsatz des klassischen, staatlich gesetzten Privatrechts als Regulierungsinstrument ohne den Umweg über Instanzen der Selbstregulierung, wird hingegen – soweit ersichtlich – nicht diskutiert.

II. Regulierung als Funktion des Rechts

Betrachtet man die vielen Ursprünge, Bedeutungen und Entwicklungen des Regulierungsbegriffs, wie sie im ersten Abschnitt dieses Kapitels entfaltet wurden, so zeigt sich, dass es ein auswegloses Unterfangen darstellte, einen „Superbegriff“ der Regulierung zu entwickeln, der alle besprochenen Facetten in sich aufnehmen könnte. Ein solcher Superbegriff verlöre jegliche Unterscheidungskraft und eignete sich daher weder als generelle Definition noch für den hier gesuchten Zweck des Schlüsselbegriffs einer spezifischen Sichtweise auf das (Privat-)Recht. Dennoch scheinen allen dargestellten Verwendungsweisen des Begriffs „Regulierung“ zwei Fixpunkte gemein zu sein, die als Ausgangspunkt der folgenden Erörterung dienen sollen: Regulierung weist stets einen Bezug zum Recht auf, meist zum Öffentlichen Recht, und zwar in der Weise, dass das Recht funktional betrachtet wird, nämlich als Mittel zur Erreichung eines Zwecks.

Zunächst wird „Regulierung“ fast immer im Zusammenhang mit staatlich gesetztem Recht verwendet, dadurch grenzt sie sich etwa von „Selbstregulierung“ oder anderen Formen der „Governance“ ab. Des Weiteren wird der Ausdruck

regung und Selbstregulierung ist ausufernd; siehe z. B. das Festheft *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 4 (2001) mit Beiträgen von *Grimm, Vesting, Ladeur, Voßkuhle, Schuppert, Schmidt-Aßmann* und Weiteren sowie die Einzelveröffentlichungen *Di Fabio*, in: VVDStRL 56 (1997), S. 235 ff.; *Eifert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 19 Rn. 52–152; *Kämmerer*, in: Kolloquium für Graf Vitzthum (2008), S. 17 ff.; *Schmidt-Preuß*, in: VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff.; *Trute*, DVBl 1996, 950 ff.; *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlanke“ Staat* (1999), S. 47, 60–62. Kritisch zum Konzept der „Selbstregulierung“ *Kämmerer*, *Privatisierung* (2001), S. 486 f.

„Regulierung“, trotz dieses Staatsbezugs, im deutschen Diskurs nicht synonym zu Öffentlichem Recht oder dem gesamten staatlich gesetzten Recht verwendet. Abgesehen von Versuchen, Regulierung rechtsdogmatisch als Oberbegriff bestimmter Rechtsmaterien zu etablieren („Regulierung der Netzwirtschaften“), wird der Begriff zur Charakterisierung des zielgerichteten staatlichen Einsatzes von Recht entweder im Allgemeinen („Regulierung als Instrument des Staates“) oder in speziellen Kontexten („Marktregulierung“) verwendet. So verstanden, stellt Regulierung keine Kategorie herkömmlicher Rechtsdogmatik dar. Der Begriff dient nicht dazu, Recht im Hinblick auf seine Anwendung zu systematisieren oder weiterzuentwickeln. Auch im Folgenden soll der Ausdruck „Regulierung“ zunächst „undogmatisch“ verwendet und damit losgelöst von der Diskussion über „Regulierungsrecht“ behandelt werden.

Dem verbleibenden Teil dieser Arbeit wird stattdessen ein rechtstheoretischer Regulierungsbegriff zugrunde gelegt.²²⁵ Regulierung wird dabei als *eine Funktion des Rechts* verstanden. Um zu konkretisieren, was damit gemeint ist, soll zunächst kurz auf das Konzept der „Funktion“ eingegangen werden, ehe die Regulierungsfunktion des Rechts definiert und in Abgrenzung zu sonstigen Funktionen präzisiert wird.

1. Funktionen des Rechts

In einer positivistischen, d. h. beschreibenden Theorie des Rechts lassen sich verschiedene Aufgaben unterscheiden, die das Recht erfüllt und die hier als „Funktionen des Rechts“ bezeichnet werden. Bei den Funktionen des Rechts handelt es sich um eine Kategorie, die ursprünglich der (Rechts-)Soziologie entstammt.²²⁶ Dort ist der Ausdruck auf der Makroebene verortet: Er benennt die Aufgaben, die das Recht in der Gesellschaft erfüllt und bezieht sich deshalb zumeist auf die Gesellschaft als Ganzes.²²⁷ In ähnlicher Weise wird auch in der Rechtstheorie von den „Funktionen des Rechts“ gesprochen und die soziale Steuerung und Kontrolle als primäre Aufgabe des Rechts angeführt.²²⁸

²²⁵ Siehe auch die rechtstheoretische Auseinandersetzung zum Verhältnis von Recht und Regulierung bei Black, 27 Austl. J. Leg. Phil. 1, 29–34 (2002).

²²⁶ Vgl. Baer, Rechtssoziologie² (2015), S. 108–112; Rehbinders, Rechtssoziologie⁷ (2009), S. 92–105; T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie⁶ (2013), S. 186–190; K. F. Röhl, Rechtssoziologie (1987), S. 217 f.

²²⁷ Rehbinders, Rechtssoziologie⁷ (2009), S. 92: „Unter gesellschaftlichen Funktionen verstehen wir die Leistungen des Rechts für die Gesellschaft“. Anders etwa Llewellyn, 49 Yale L. J. 1355, 1373 f. (1940), der betont, dass die von ihm so bezeichneten „Law-Jobs“ auf jeder sozialen Ebene zu erfüllen seien, da sie dem Konzept der Gruppe immanent seien. Noch weitergehend Schelsky, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft (1970), S. 37 ff., der die Funktionen des Rechts aus einer vom Individuum her gedachten Handlungstheorie entwickelt.

²²⁸ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie⁸ (2015), S. 48 unter Verweis auf Hart, The Concept of Law (1961), S. 39: „The principal functions of the law as a means of social control are [...] to be seen in the diverse ways in which the law is used to control, to guide, and to plan life“.

Demgegenüber soll es hier um die Funktionen des Rechts in einem engeren Sinne gehen.²²⁹ Vom gesamtgesellschaftlichen Bezug, wie er in der Soziologie mit Beschreibungen von Funktionen der Gesamtheit „des Rechts“ im Sinne von „Legitimation sozialer Herrschaft“, „Sicherung der Freiheit“, „Konfliktlösung“ etc.²³⁰ zum Ausdruck kommt, wird dabei abstrahiert.²³¹ Stattdessen soll die „Funktion“ von Normen auf einer Mesebene²³² angesiedelt und als genuin rechtswissenschaftliche Analysekategorie²³³ eingeführt werden. Dazu werden die generalisierbaren Funktionen einzelner Rechtsnormen oder Normenkomplexe betrachtet, die es erst ermöglichen, dass „das Recht“ die in der Rechtssoziologie identifizierten sozialen Aufgaben erfüllt, die aber auch für die Auslegung und Anwendung von Recht eine wichtige Rolle spielen.²³⁴ Je nachdem, welche

Ein aufwändiges rechtstheoretisches Konzept der Rechtsfunktionen hat *Raz*, in: ders. (Hrsg.), *The Authority of Law*² (2009), S. 163, 167–177 vorgelegt: Er unterscheidet zwischen direkten und indirekten Funktionen und innerhalb der direkten zwischen primären und sekundären. Demnach gibt es vier direkte Funktionen (Verhinderung/Ermutigung von Verhalten; Bereitstellung von Einrichtungen für private Regelungen; Bereitstellung von Diensten und Umverteilung; Streitschlichtung), während sekundäre Funktionen die Schaffung und Änderung von Recht betreffen. Eine indirekte Funktion ist demgegenüber etwa die Beeinflussung moralischer Werte durch das Recht.

²²⁹ Ähnlich *Schuppert*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts* (1990), S. 217 ff., der allerdings die Differenzierung nach „Funktionen von Recht“ (S. 217) nicht durchführt, sondern stattdessen „Typen rechtlicher Steuerung“ unterscheidet (S. 232 f.). Siehe auch aus soziologischer Sicht *Kaufmann*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik* (1988), S. 65, 78 f., der acht „Typen rechtlicher Normierung“ unterscheidet: 1. Verbote, 2. Gebote, 3. Einräumung von Rechtsansprüchen, 4. Formulierung von Zwecken, 5. Definition von Bedingungen, 6. Regelung von Verfahren, 7. Errichtung von Einrichtungen öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Art, 8. Normierung staatsinterner Koordination.

²³⁰ Siehe die Funktionsauflistungen bei *Baer*, *Rechtssoziologie*² (2015), S. 110–112 (Inklusion und Exklusion, Macht, Verhaltenskoordination, Konfliktlösung, Gestaltung von Lebensbedingungen, Information) sowie bei *T. Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*⁶ (2013), S. 186–190 (soziale Integration, Verhaltenssteuerung, Konfliktbereinigung, Legitimation sozialer Herrschaft, Sicherung der Freiheit, Gestaltung der Lebensbedingungen, Bildung).

²³¹ In ähnlicher Weise ist die *policy*-Forschung dazu übergegangen, sich anstelle der Analyse von *Politikprogrammen* auf die Analyse einzelner *Politikinstrumente* zu verlegen; siehe oben S. 18 f.

²³² Die Unterscheidung zwischen Makro-, Meso- und Mikroebene geht auf die Soziologie zurück. Die Makroebene bezeichnet dabei die Strukturen der Gesellschaft, die Mikroebene die individuellen Handlungen; als dazwischenliegende „Mesebene“ werden die Systeme der sozialen Interaktion bezeichnet; siehe z. B. *H. Esser*, *Soziologie* (1993), S. 112 f.

²³³ In diesem Sinne bereits die Forderung von *Krawietz*, *Das positive Recht und seine Funktion* (1967), S. 44: „Der funktionale Aspekt des positiven Rechts stellt ein Rechtsphänomen dar, das von der Rechtswissenschaft in eigener Zuständigkeit zu bearbeiten ist.“

²³⁴ Dagegen bewegen sich die Funktionen des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts, die *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 7, 26 f. identifiziert (Zertifizierungsfunktion, Stabilisierungsfunktion, Vorklärungsfunktion, Artikulationsfunktion, Drohfunktion und Durchsetzungsfunktion als Funktionen des Öffentlichen Rechts; Verkehrsfunktion, Fein- und Nachsteuerungsfunktion, Flexibilisierungsfunktion und Integrationsfunktion als Funktionen des Privatrechts) auf der Mikroebene.

Funktion einer konkreten Norm zukommt, ergeben sich verschiedene Anforderungen an die Rechtsanwendung.²³⁵ Im Folgenden soll gezeigt werden, dass Regulierung als Funktion des Rechts in diesem engeren Sinne verstanden werden kann. Anschließend wird auf weitere Funktionen des Rechts wie die Infrastrukturfunktion, die Interessenausgleichsfunktion, die Organisationsfunktion und die Begrenzungsfunktion eingegangen.

2. Definition der Regulierungsfunktion

Die Regulierungsfunktion, wie sie dieser Studie zugrunde gelegt wird, bezeichnet den Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.²³⁶ Diese Definition besteht aus vier Elementen, die einer genaueren Erläuterung bedürfen.

a. Einsatz von Recht

Zunächst bedingt die Verortung von Regulierung als Funktion des Rechts, dass nur *rechtliche Handlungsformen* unter den Regulierungsbegriff subsumiert werden. Als Kriterium für eine rechtliche Handlungsform kann die Durchsetzbarkeit der daraus resultierenden Verpflichtungen durch staatliche Hoheitsgewalt dienen.²³⁷ Damit scheiden insbesondere rein politische Handlungen wie öffentliche Appelle und dergleichen aus dem Regulierungsbegriff aus; unabhängig davon, ob sie im Einzelfall erhebliche verhaltenssteuernde Wirkung entfalten.²³⁸

Allerdings soll keine Beschränkung auf bestimmte Rechtsgebiete oder Teilrechtsordnungen vorgenommen werden. Auch soll die Betrachtung nicht auf bestimmte Regelungstechniken begrenzt werden. Neben Gesetzen im materiellen Sinne können auch Urteile, Verwaltungsakte und Ähnliches Regulierungswir-

²³⁵ Zum Zusammenhang von Rechtsfunktionen und Rechtsanwendung auch Hönn, *Kompensation gestörter Vertragsparität* (1982), S. 72 f.; siehe auch Stark, ARSP Beiheft Nr. 140 (2014), S. 159, 165–167 (zum Einfluss des internationalen Rechtswettbewerbs auf die Funktionen des Rechts).

²³⁶ Diese Definition ist bewusst so gefasst, dass sie auf weite Teile des staatlich gesetzten Rechts zutrifft. Dies liegt daran, dass Regulierung eine zentrale Funktion des Rechts darstellt.

²³⁷ Selbstverständlich kann auch der zwingende Ausschluss einer Verpflichtung aus dem System staatlicher Rechtsdurchsetzung (wie z. B. die Naturalobligationen, §§ 656, 762 BGB) eine Regulierung darstellen.

²³⁸ Ein besonders beeindruckendes Beispiel für die verhaltenssteuernde Wirkung politischer Appelle ist das so genannte „Moratorium“ der Laufzeitverlängerungen für Atomkraftwerke in Reaktion auf den Reaktorunfall in Fukushima. Die damit bewirkte Aussetzung des Vollzugs eines verfassungsgemäß zu Stande gekommen Gesetzes sollte ein „rein politische[r] Akt ohne Rechtswirkung“ sein; vgl. Kloepfer/Bruch, JZ 2011, 377, 386 (die eine solche „politische Erklärung“ für verfassungswidrig halten).

kung entfalten. Eine Vielzahl an Regulierungsmitteln sind denkbar und sollen im weiteren Verlauf der Arbeit untersucht werden.²³⁹

b. Begrenzung auf staatlich gesetztes Recht

Das nächste Element, das einer Erläuterung bedarf, ist die Beschränkung des Regulierungsbegriffs auf *staatlich* gesetztes Recht. Positiv gefasst kommen damit als Quelle von Regulierung neben dem Gesetzgeber insbesondere auch die Gerichte und Behörden in Betracht. Negativ betrachtet wird Regulierung von Phänomenen wie Selbstregulierung, selbstreferenziellen Netzwerken und weichen Formen der Governance abgegrenzt. Zwar können auch Private Normen setzen, und die so gesetzten Regeln können, sofern sie in Formen des Privatrechts, insbesondere des Vertragsrechts, niedergelegt sind, unter Inanspruchnahme staatlicher Gerichte durchgesetzt werden. Insofern der Staat mittels des Privatrechts (durch Normen wie §§ 134, 138 BGB und das AGB-Recht) und der Gerichte aber den *Inhalt* derartiger Regelwerke kontrolliert, wird sich der verhaltenssteuernde Effekt häufig als Konkretisierung staatlicher Steuerung darstellen, ähnlich der Konkretisierung des Verwaltungsrechts durch Handeln der Behörden.²⁴⁰

Sollten Private allerdings Normen erlassen, die unabhängig von der Rückbindung an staatliche Rechtsdurchsetzung eine generell-abstrakte Steuerungswirkung zu entfalten vermögen, lässt sich der Steuerungseffekt zwar mit dem staatlichen Rechts vergleichen.²⁴¹ Dennoch sollen solche Regelwerke hier nicht als Regulierung gelten.²⁴² Denn da Regulierung als Funktion des *Rechts* definiert wird, fallen nicht-rechtliche Normen schon begrifflich aus der Definition heraus. Aber auch in der Sache passen private Normen nicht in einen Ansatz, welcher im Kern die Implementierung staatlicher Politikziele mit rechtlichen Mitteln untersucht. Damit soll nicht geleugnet werden, dass es private Regelwerke gibt²⁴³ und dass diese im Einzelfall eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten. Eine solche Steuerung ist aber kein politisches Instrument des Staates und gehört deshalb nicht in den vorliegenden Zusammenhang.

²³⁹ Siehe insbesondere S. 449 ff. und S. 565 ff.

²⁴⁰ Dies gilt etwa, wenn die Klagen Privater den Zivilgerichten die Möglichkeit geben, durch die Anwendung von AGB-Recht die Marktstruktur einer Branche zu verändern.

²⁴¹ Obwohl es kein staatliches Rechtssetzungsmonopol gibt (siehe *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), S. 124–126), wird eine solche private Normsetzung häufig mit dem Gewaltmonopol des Staates konfliktieren und einen Verstoß gegen das Kartellverbot gem. Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB darstellen. Werden private Normen durch staatliche Regulierung in Bezug genommen, werden sie dagegen wieder Teil der Regulierung, was sich daran zeigt, dass sie sich konsequenterweise an den Grundrechten bzw. Grundfreiheiten messen lassen müssen; vgl. EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11, n.n.v. – *Fra.bo*. Ausführlich zur Problematik *Schweitzer*, EuZW 2012, 765 ff.; *van Gestel / Micklitz*, CMLR 50 (2013), 145 ff.

²⁴² Für einen Versuch, auch nichtstaatliche Formen der Verhaltenssteuerung als „Regulierung“ zu erfassen, siehe *Black*, 27 Austl. J. Leg. Phil. 1 (2002).

²⁴³ Für eine Systematisierung siehe *Bachmann*, Private Ordnung (2006), S. 27–41; ausführlich *F. Kirchhof*, Private Rechtsetzung (1987), S. 181–485.

Teilweise mögen private Regelwerke auch dazu dienen, staatliche Regulierung in einem bestimmten Kontext zu implementieren, etwa durch unternehmensinterne Verhaltenskodizes und dergleichen. Dies sind die Konstellationen, die unter dem Schlagwort „regulierte Selbstregulierung“ erhebliche Aufmerksamkeit in der wissenschaftlichen Diskussion auf sich gezogen haben.²⁴⁴ Weitaus problematischer sind allerdings solche privaten Normen, die der staatlichen Regulierung zuwider laufen, z. B. religiöse Gebote und dergleichen. Dabei handelt es sich aber nur um eine Ausprägung des altbekannten Nebeneinanders von rechtlichen und sozialen Normen,²⁴⁵ und es ist letztendlich wiederum Aufgabe des Staates, die Reichweite normativer Ordnungen nicht-staatlicher Art zu bestimmen und zu begrenzen.²⁴⁶

c. Verhaltenssteuernder Zweck

Dem dritten Definitionselement zufolge zeichnet sich Regulierung durch eine über den Einzelfall hinausreichende *Steuerungszintention* aus. Verhaltenssteuerung ist das zentrale Merkmal der Regulierungsfunktion des Rechts. Darunter ist keine vollständige Kontrolle des menschlichen Lebens durch einen allwissenden Überwachungsstaat zu verstehen, sondern der Umstand, dass der Staat Recht einsetzt, spricht erlässt oder ändert, um dadurch das Verhalten der Rechtsunterworfenen in einem bestimmten Sinne zu beeinflussen.

Auf den ersten Blick mag es so erscheinen, als ob sämtliches staatliche Recht dem Ziel der Verhaltenssteuerung dienen soll, indem es darauf abzielt, dass sich die Normadressaten normkonform verhalten. Verhaltenssteuerung wird hier aber spezieller verstanden. In der oben dargestellten rechtssoziologischen Terminologie²⁴⁷ geht es nicht um die Normbefolgung im engeren Sinne (Effektivität des Rechts),²⁴⁸ sondern um die Wirksamkeit des Rechts im weiteren Sinne, also um die Erreichung der mit einer Norm intendierten (weiterreichenden) Ziele. Eine Regelung, die bei der Erfüllung eines Tatbestands eine bestimmte Rechtsfolge vorsieht, dient dann nicht der Verhaltenssteuerung im hier gemeinten Sinn, wenn der Gesetzgeber damit lediglich erreichen wollte, dass bei Erfüllung des Tatbestands die als Rechtsfolge beschriebene Handlung auch tatsächlich vorgenommen wird. Von Regulierung soll erst gesprochen werden, wenn das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel in einer darüber hinaus gehenden Verhaltensbeeinflussung besteht, etwa darin, dass die potentiellen Normadressaten es vermeiden, den Tatbestand zu erfüllen, um der ihnen unliebsamen Rechtsfolge zu entgehen

²⁴⁴ Siehe oben S. 46 mit Fn. 224.

²⁴⁵ Siehe dazu bereits die Nachweise S. 24 in Fn. 66.

²⁴⁶ Wiater, NVwZ 2012, 1379, 1382; ähnlich K. F. Röhl / Machura, JZ 2013, 1117, 1128.

²⁴⁷ Siehe S. 24 f.

²⁴⁸ Die Steuerungszintention liegt häufig nicht auf einer Linie mit dem wortwörtlichen Normbefehl. Dies zeigt sich etwa anhand der Lenkungssteuer, die den Steuerungserfolg dadurch verwirklicht, dass möglichst wenige Personen den Steuertatbestand erfüllen; dazu unten S. 450 f. Siehe auch Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 73.

(Generalprävention). Regulierung kann aber auch vorliegen, wenn das Verhalten von Dritten, die gar nicht Adressaten der Norm sind, durch die Regelung beeinflusst werden soll. Ein typisches Beispiel dafür sind Normen, die einer Person eine rechtliche Verantwortlichkeit für das Verhalten eines Dritten zuweisen mit dem Ziel, den Normadressaten dazu zu bringen, in bestimmter Weise auf den Dritten einzuwirken.

Für die Definition kommt es dabei nicht auf die tatsächliche Wirkung an, sondern auf die Intention der regulierenden Instanz. Damit lässt sich einerseits die Regulierungsdefinition gegen Fälle immunisieren, in denen sich spezifische Regulierungsansätze als erfolglos erweisen. Andererseits wohnt dem Element aber auch eine positiv-konkretisierende Seite inne: Regulierung liegt nur vor, wenn sie von staatlicher Seite planmäßig verfolgt wird. Unvorhergesehene Nebenfolgen eines Gesetzes scheiden somit aus dem Regulierungsbegriff aus, selbst wenn sie erhebliche verhaltenssteuernde Wirkung entfalten. Allerdings soll das intentionale Element ausdrücklich nicht auf den Gesetzgeber beschränkt werden. Vielmehr gibt es viele Regelungstechniken wie Ermessensnormen oder privatrechtliche Generalklauseln, mit deren Hilfe der Gesetzgeber den nachgelagerten Gesetzesvollziehern – seien es Behörden oder Gerichte – innerhalb der rechtsstaatlichen Grenzen eine *carte blanche* erteilt, eigene Regulierungsziele zu definieren und zu verfolgen.²⁴⁹

d. Verfolgung von Allgemeinwohlzielen

Als letztes Element enthält die Definition die einschränkende Konkretisierung, dass die regulatorische Steuerung auf die Implementierung *politischer Allgemeinwohlziele* gerichtet ist. Dabei handelt es sich zunächst um die Quintessenz der vorhergehenden Definitionsmerkmale. Wenn Regulierung das rechtliche Mittel des Staates beschreibt, um Steuerungsziele zu verfolgen, dann ist diese Steuerung genuin politischer Natur. Regulierung ist nicht die rein mechanische Ausfüllung oder Konkretisierung vorgegebener politischer Programme, sondern bezieht sich auf kontingente Sachverhalte, deren zielgerichtete Gestaltung durch den Staat eine originäre politische Entscheidung darstellt.²⁵⁰ Dieser Aspekt wird insbesondere dann problematisch, wenn die Regulierung nicht durch einen demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern durch andere Staatsorgane wie etwa die Gerichte erfolgt. Darauf ist später näher einzugehen.²⁵¹

Allerdings soll nicht bereits jeder politische Einsatz des Rechts als Regulierung gelten, sondern nur solcher, der darauf ausgerichtet ist, übergreifende All-

²⁴⁹ Auf diesen Aspekt wird unten bei der Rolle der Zivilgerichte als Regulierer ausführlich eingegangen; siehe S. 673 ff.

²⁵⁰ Zu eng erscheint demgegenüber das Politikverständnis bei *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 233, der damit allein den Aspekt der auf die Zukunft ausgerichteten Gestaltung bezeichnen möchte.

²⁵¹ Siehe dazu unten S. 681 ff.

gemeinwohlinteressen²⁵² zu fördern, und sich nicht darauf beschränkt, ein bestimmtes privates Interesse aufgrund politischer Wertungen gegenüber konkurrierenden Privatinteressen zu bevorzugen (z. B. das Interesse des Arbeitnehmers gegenüber dem des Arbeitgebers). Ein übergreifender Allgemeinwohlbezug liegt unzweifelhaft vor, wenn Regelungen darauf abzielen, Kollektivgüter wie die Umwelt, das Sozialversicherungssystem oder den Finanzmarkt zu schützen. Solche Kollektivgüter zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Schädigung direkt möglich ist, ohne dass es einer Individualschädigung als „Durchgangsstation“²⁵³ bedarf.

Demgegenüber sind die meisten regulatorischen Konstellationen dadurch gekennzeichnet, dass der Schutz eines Privaten zugleich Mittel zur Verwirklichung von Allgemeininteressen ist bzw. die Verfolgung eines öffentlichen Interesses dazu führt, dass auch einzelne Betroffene (direkt oder reflexartig) geschützt werden. Insbesondere im Wirtschaftsrecht wird das Zusammenspiel von Individual- und Funktionenschutz seit längerem diskutiert, basierend auf der grundlegenden These von *Klaus J. Hopt*, dass beide untrennbar miteinander verbunden seien, sich gegenseitig bedingen.²⁵⁴ Eine solche *tatsächliche* gegenseitige Abhängigkeit von Individual- und Funktionenschutz findet sich allerdings auch jenseits des Wirtschaftsrechts in nahezu allen Regelungsbereichen. So schützt etwa im Straßenverkehr eine Geschwindigkeitsbegrenzung nicht nur den einzelnen Verkehrsteilnehmer (z. B. einen Fußgänger an einer stark befahrenen Straße), sondern führt auch dazu, dass der Straßenverkehr insgesamt sicherer wird. Es ist kaum möglich, standardisierende Regelungen zu treffen, die nur den Einzelnen schützen, ohne faktisch zugleich auf den entsprechenden Lebensbereich als solchen einzuwirken. Die Schwierigkeit besteht darin, im Einzelfall abzugrenzen, wann eine Norm lediglich (einer Vielzahl von gleichgelagerten) Individualinteressen dient und wann dem übergreifenden Allgemeinwohl. Wollte man bereits dann von Regulierung sprechen, wenn der Schutz einer Person faktisch dazu führt, das Vertrauen anderer Personen zu stärken, die sich potentiell in vergleichbaren Situationen befinden, wäre nahezu sämtliches Recht regulatorisch und das Konzept würde konturenlos. Diese Überlegung zeigt zugleich, dass es (wie bei der Frage der Verhaltenssteuerung) nicht primär auf die tatsächliche Wirkung einer Regelung ankommen kann, sondern die Intention des Regelgebers entscheidend ist.

Eine Norm, die nicht lediglich Kollektivgüter schützt, soll demgemäß nur dann als Regulierung gelten, wenn der Regelungsgeber darauf abzielt, (auch) den betreffenden Lebensbereich als solchen aus Gründen des öffentlichen Interesses zu stabilisieren. Ein Indiz dafür ist es, wenn die angestrebte Verhaltens-

²⁵² Ausführlich zum Konzept des Allgemeinwohls unten „Exkurs: Zum Begriff des Gemeinwohls“, S. 239 ff.

²⁵³ *Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 129.

²⁵⁴ *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975), S. 51 f., 336 f.

steuerung nach der Intention der regulierenden Instanz primär darauf ausgerichtet ist, generalpräventiv zugunsten einer Vielzahl von potentiell Betroffenen zu wirken, insbesondere indem die Tatbestandsverwirklichung verhindert werden soll.²⁵⁵ Nach diesem Kriterium rechnen etwa die individualschützenden Straftatbestände wie Mord und Totschlag, Körperverletzung, aber auch Betrug und Diebstahl zur Regulierung, obwohl sie selbstverständlich auch den Effekt haben, in einer konkreten Lebenssituation festzulegen, welche Handlungen noch erlaubt sind und welche bereits die Interessen des Opfers verletzen. Aber auch eine Vielzahl an Regelungen für potentiell gefährliche Lebensbereiche wie den Straßenverkehr oder bestimmte Märkte (etwa den Kapitalmarkt) sind regulatorisch, wenn und soweit sie nach der Intention des Gesetzgebers gerade (auch) darauf abzielen, die Verkehrssicherheit zu erhöhen oder im volkswirtschaftlichen Interesse eine effiziente Kapitalallokation zu erreichen.

Einen Grenzfall bilden höchstpersönliche Rechtsbeziehungen wie das Familienrecht. Hier scheint sich ein eventuelles öffentliches Interesse zumeist im Schutz der Individualinteressen zu erschöpfen, etwa den Ehegatten ein harmonisches Zusammenleben zu ermöglichen oder das Kindeswohl im Falle einer Trennung der Eltern zu schützen. Dennoch verfolgt der Gesetzgeber auch mit solchen Rechtsgebieten übergreifende Gemeinwohlinteressen wie die Sicherung der Sozialversicherungssysteme oder den Fortbestand des Staates. Auch das Bestreben, einen Wandel von Familienbildern zu bewirken – etwa die Stärkung der Akzeptanz von so genannten Patchwork-Familien –, kann ein Allgemeinwohlziel sein, so dass familienrechtliche Regelungen, die (auch) solchen Zielen zu dienen bestimmt sind, als Regulierung im Sinne dieser Studie einzuordnen sind.

3. Regulierung in Abgrenzung zu anderen Funktionen des Rechts

Um den Regulierungsbegriff fassbarer zu machen, soll die Regulierungsfunktion von anderen Funktionen des Rechts abgegrenzt werden. Dabei wird nicht behauptet, dass die hier genannten Rechtsfunktionen abschließend seien; es lassen sich mit Sicherheit eine ganze Reihe weiterer Funktionen definieren und für andere Forschungsfragen fruchtbar machen. Allerdings erscheint es zur Bestimmung dessen, was mit der „Regulierungsfunktion“ des Rechts gemeint ist, am ergiebigsten, diese von solchen Funktionen zu unterscheiden, deren Gegenüber-

²⁵⁵ Ein Beispiel kann den Unterschied zwischen einer rein faktischen generalpräventiven Wirkung und einem generalpräventiven Regelungsziel verdeutlichen. So mögen etwa strenge Kündigungsschutzregeln zugunsten von Mietern oder Arbeitnehmern den tatsächlichen Effekt haben, Kündigungen zu verhindern (oder sogar dazu führen, dass weniger Arbeitnehmer eingestellt oder Wohnungen vermietet werden). Das Ziel dieser Regelungen besteht aber nicht in dieser Wirkung, sondern darin, festzulegen, unter welchen Umständen eine Kündigung rechtmäßig ist und so das Interesse der geschützten Personenkreise gegenüber den gegenläufigen Interessen der Vermieter bzw. Arbeitgeber zu stärken. Siehe dazu auch sogleich S. 60 ff.

stellung eine (weitere) Aufklärung des Begriffs der Regulierung ermöglicht.²⁵⁶ Als derartige Funktionen des Rechts werden im Folgenden die Infrastrukturfunktion und die Interessenausgleichsfunktion herangezogen, ehe abschließend kurz auf weitere Funktionen und mögliche Überschneidungen verschiedener Funktionen eingegangen wird.

a. Infrastrukturfunktion versus Regulierungsfunktion

Recht als Infrastruktur ist ein Thema, das in jüngerer Vergangenheit vermehrt Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat.²⁵⁷ In den USA hat sich im Bereich des Gesellschaftsrechts bereits seit längerem eine wissenschaftliche Fraktion der „contractarians“ gebildet, die das Gesellschaftsrecht als staatlich bereit gestellten Standardvertrag für Unternehmensgründer, als „enabling corporate law“ betrachtet.²⁵⁸ In Deutschland dreht sich die Diskussion von Recht als Infrastruktur zumeist um das Privatrecht im Allgemeinen.²⁵⁹ Diesem wird etwa die Funktion zugesprochen, „die Gestaltung der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse [zu] ermöglichen und [zu] erleichtern, d. h. eine *Infrastruktur* [zu] bieten, die zur Verfügung steht wie Energieversorgung und Straßennetz“.²⁶⁰ Vor diesem

²⁵⁶ Der Regulierungsbegriff wird in dieser Arbeit bewusst zugeschnitten und eng gefasst, um die Grundthese, dass auch das Privatrecht ein Steuerungsinstrument des Gesetzgebers darstellt, überzeugend begründen zu können. Ein wesentliches Mittel dazu ist die Begrenzung des Regulierungsbegriffs auf die Verfolgung von Interessen des Allgemeinwohls. Einige der nachfolgend genannten Funktionen des Rechts (z. B. Interessenausgleich und Organisation) könnten bei einem weiteren Begriffsverständnis (so z. B. *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 734) selbst als Regulierung angesehen werden und stellen insoweit Unterformen und keine Gegensätze dar.

²⁵⁷ Der Gedanke findet sich aber bereits bei *Franz Böhm*: „Aber nehmen wir etwa das *Zivilrecht*. Es stellt sich unserer Betrachtung dar als eine für menschliche Verhältnisse bewundernswert komplette Sammlung von Regeln, Institutionen und Prinzipien, die den Verkehr zwischen Gleichberechtigten nicht nur regeln, sondern in weitem Umfang überhaupt erst möglich machen [...]“ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 (Hervorhebung im Original).

²⁵⁸ Für diese Position siehe insbesondere *Easterbrook / Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991), S. 34: „[C]orporate law is a set of terms available off-the-rack so that participants in corporate ventures can save the cost of contracting. There are lots of terms, such as rules for voting, establishing quorums, and so on, that almost everyone will want to adopt. Corporate codes and existing judicial decisions supply these terms ‚for free‘ to every corporation, enabling ventures to concentrate on matters that are specific to their undertaking.“ Zur US-Diskussion über den zwingenden oder ermöglichenden Charakter des Gesellschaftsrechts siehe etwa *Coffee, Jr.*, 89 Colum. L. Rev. 1618 (1989).

²⁵⁹ Siehe *Ackermann*, *Der Schutz des negativen Interesses* (2007), S. 136; *Bachmann*, *Private Ordnung* (2006), S. 73 f., 75 f.; *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 643; *Schuppert*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 16 Rn. 13–15; siehe auch *Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht* (2010), S. 44–63 („staatliche Serviceleistung“); *Wagner*, in: *Blaurock / G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 14 („Ermöglichungsfunktion“). Als Vorläufer dieser Diskussion kann die Charakterisierung dispositiven Vertragsrechts als „ergänzendes Recht“ gelten; siehe z. B. *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 73; *Fröblich*, *Vom Zwingenden und Nichtzwingenden Privatrecht* (1922), S. 89–92; *Stammler*, AcP 69 (1886), 1, 19–30.

²⁶⁰ *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261, 271 (Hervorhebung hinzugefügt). Siehe auch *Möslein*,

Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit inzwischen nicht nur Hilfe beim Ausbau von Energieversorgung und Verkehrswegen geleistet wird, sondern auch rechtliche Entwicklungshilfe, teils sogar ein Rechtsexport stattfindet.²⁶¹ Nicht nur im Bereich der Entwicklungspolitik hat sich ein regelrechter Markt für Recht entwickelt, auf dem „Recht als Produkt“²⁶² gehandelt wird. Neue Impulse erhielt die rechtswissenschaftliche Diskussion in jüngerer Zeit zudem durch den inzwischen zurückgezogenen Vorschlag eines optionalen europäischen Kaufrechts (CESL), welches teilweise als öffentlich bereitgestellte Infrastruktur rezipiert wurde.²⁶³

Beispiele für rechtliche Infrastruktur sind die durch Rechtsverordnung gemäß § 3 Abs. 1 EinhZeitG²⁶⁴ festgelegten Einheiten, Definitionen etc., etwa die Einheiten zur Messung von Länge, Masse, Zeit und Temperatur²⁶⁵ oder die Eichvorschriften. Recht als Infrastruktur beschränkt sich allerdings nicht auf die Bereitstellung von Standards oder Definitionen. In seiner Funktion als Infrastruktur konstituiert das Recht teilweise bestimmte Institutionen, die ohne rechtliche Regelung gar nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Weise existieren würden,²⁶⁶ wie beispielsweise die Ehe,²⁶⁷ die juristische Person und die verschiedenen dinglichen Rechte. Es ist nicht überraschend, dass die Infrastrukturfunktion des Rechts häufig auf das Privatrecht bezogen wird, denn dort besteht ein enger Zusammenhang mit dem Grundstrukturelement der Privatautonomie: Das Privatrecht definiert sowohl die Objekte möglicher Transaktionen als auch die Handlungsformen, von denen die Individuen im Rahmen ihrer Privatautonomie nach ihrem eigenen Belieben Gebrauch machen können.²⁶⁸

Dispositives Recht (2011), S. 377–381, der von einer „staatlichen Infrastrukturverantwortung“ hinsichtlich der Bereitstellung dispositiven Vertragsrechts ausgeht. Zuvor bereits für das Gesellschaftsrecht *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 675–678.

²⁶¹ Dazu ausführlich *Hellgardt*, in: JbJgZivRWiss 2011 (2012), S. 97, 101–113.

²⁶² *O'Hara / Ribstein*, The Law Market (2009); siehe auch bereits *Romano*, 1 JLEO 225 (1985); aus deutscher Sicht *Bachmann*, Private Ordnung (2006), S. 50–52; *Eidenmüller*, JZ 2009, 641 ff.

²⁶³ Den Entwurf für ein CESL als öffentlich bereitgestellte AGB deutend *Ackermann*, CMLR 50 (2013), 11, 23–25; siehe auch *Eidenmüller*, CMLR 50 (2013), 69, 71 f. (zum Ziel des europäischen Gesetzgebers, effizientes Vertragsrecht „herzustellen“).

²⁶⁴ Einheiten- und Zeitgesetz, unter dem Namen Gesetz über Einheiten im Meßwesen neu bekanntgemacht am 22.02.1985, BGBl. I S. 408.

²⁶⁵ Für eine Übersicht siehe *Physikalisch-Technische Bundesanstalt* (Hrsg.), Die gesetzlichen Einheiten in Deutschland, 2012 (http://www.ptb.de/cms/fileadmin/internet/publikationen/Einheiten_deutsch.pdf). Zur Geschichte des Normerlasses im Bereich der Elektrizität und zur Entstehung der Physikalisch-Technischen Reichsanstalt siehe *Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution (2006), S. 180–203.

²⁶⁶ Aus politikwissenschaftlicher Sicht *M. Becker / Zimmerling*, PVS Sonderheft Nr. 36 (2006), S. 9, 20 f.; aus rechtssoziologischer Sicht *Rottleuthner / Rottleuthner-Lutter*, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz (2010), S. 13, 19 f.

²⁶⁷ Für ein Gedankenexperiment zur Privatisierung der Ehe siehe *Sunstein / Thaler*, The Monist 91 (2008), 377 ff., die auch die mit dem Status der Ehe verbundenen, nicht durch vertragliche Regelungen herstellbaren, Rechtsfolgen auflisten; aaO., S. 380 f.

²⁶⁸ *Basedow*, in: FS Immenga (2004), S. 3, 4.

Allerdings weist nicht nur das Privatrecht eine Infrastrukturfunktion auf; eine solche findet sich vielmehr in allen drei Teilrechtsordnungen und nahezu jedem Rechtsgebiet. Auch die Handlungsformen des Staats- und Verwaltungsrechts, etwa Gesetz und Verwaltungsakt, aber auch die Beamtenstellung und die „öffentliche Einrichtung“ im Kommunalrecht rechnen zur rechtlichen Infrastruktur. Im strafrechtlichen Bereich kann man etwa die Regelung über Tagessätze im Rahmen der Geldstrafe (§ 40 StGB) als Infrastrukturelement begreifen, das dem Richter einen Strafstandard zur Verfügung stellt, welcher sowohl eine Bemessung des Unrechts (durch die Zahl der Tagessätze) als auch der Präventionswirkung (durch die Höhe der Tagessätze) ermöglicht.

Gemeinsam ist allen diesen Regelungen erstens, dass sie dem Handelnden (sei er Privatperson, Behörde, Gericht) rechtliche Handlungsformen zur Verfügung stellen, die dieser selbst gar nicht oder nur unter Einsatz hoher Transaktionskosten schaffen kann. Zweitens handelt es sich nicht um Einzelfallregelungen, sondern um standardisierte Elemente, welche der Handelnde für vielerlei Konstellationen und für verschiedene, durch die Regelungen nur begrenzt determinierte Zwecke verwenden kann. Die Zweckoffenheit darf dabei nicht als Wertfreiheit missverstanden werden. Vielen Infrastrukturregelungen liegt eine typisierte rechtliche Abwägung zu Grunde, so etwa dem dispositiven Vertragsrecht, den ehelichen Güterständen oder den Gesellschaftsformen. Dem Handelnden steht es aber frei, diese Wertung zu übernehmen oder davon im Rahmen der jeweiligen Gestaltungsfreiheit zugunsten anderer konkreter Wertungen im Einzelfall abzuweichen.

Regulierungs- und Infrastrukturfunktion des Rechts stellen Gegensätze dar: Die Infrastrukturfunktion erweitert die Handlungsmöglichkeiten, wohingegen die Regulierungsfunktion sie beschränkt. Der Gesetzgeber, der eine rechtliche Infrastruktur zur Verfügung stellt, überlässt es grundsätzlich dem Handelnden, ob, in welcher Weise und zu welchem Zweck dieser davon Gebrauch macht. Dabei wird nicht verkannt, dass im staatlichen Bereich übergreifende Vorgaben – zumindest in Form von Verfahrensregeln – gelten, die das Handeln teilweise determinieren. Diese rechtlichen Grenzen gehen aber nicht von den Infrastrukturelementen selbst aus, sondern von ihrer rechtlich-organisatorischen Einbettung.²⁶⁹ Dies zeigt sich beispielhaft an den Vorgaben für Verwaltungsakte, die sehr unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob es sich um Eingriffs- oder Leistungsverwaltung handelt.²⁷⁰ Obwohl privatrechtliche Handlungsformen zumeist im Rahmen der Privatautonomie eröffnet sind, kann es dort in vielen Fällen ebenfalls rechtliche Determinierung geben – bis hin zu den Diskriminierungsverbo-

²⁶⁹ Die Vorschriften über öffentliche Einrichtungen (z. B. Art. 21 BayGO) legen etwa nicht fest, welche Einrichtungen eine Gemeinde vorzuhalten hat; das ergibt sich ggf. durch andere Gesetze. Auch § 40 StGB besagt nicht, wann eine Geldstrafe zu verhängen ist und wie viele Tagessätze diese umfassen soll. Dies regeln die Straftatbestände und Strafzumessungsregeln.

²⁷⁰ Siehe statt aller Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. VI Rn. 118.

ten des AGG und zum Kontrahierungszwang. Diese Rahmenbedingungen stellen aber nicht den grundsätzlichen Befund infrage, dass Recht als Infrastruktur Handlungsmöglichkeiten eröffnet.

Demgegenüber verkürzt Regulierung Handlungsmöglichkeiten, indem sie darauf abzielt, dass sich der Regelungsadressat in einer bestimmten Weise verhält oder ein bestimmter Zustand erreicht wird. Verkehrsteilnehmer sollen auf einer Straße nicht schneller als 80 km/h fahren, um dort die Verkehrssicherheit zu erhöhen; eine gesundheitsschädliche Substanz soll nicht in Lebensmitteln enthalten sein; um die Energiewende zu beschleunigen, sollen möglichst viele Gebäude energetisch saniert werden; Arbeitnehmer sollen pro Tag höchstens eine bestimmte Zeit lang arbeiten, um die Krankenversicherungen zu entlasten. Wie die Infrastrukturfunktion ist auch Regulierung nicht an bestimmte Rechtsgebiete gebunden. Alle beispielhaft genannten Regelungsziele können mittels unterschiedlicher rechtlicher Instrumente (z.B. Ordnungswidrigkeitenrecht, deliktsrechtliche Haftung, zwingendes Vertragsrecht) verfolgt werden.

b. Interessenausgleichsfunktion versus Regulierungsfunktion

Neben der Infrastrukturfunktion und der Regulierungsfunktion kommt dem Recht die wichtige Funktion zu, gegenläufige Interessen in einen Ausgleich zu bringen. Diese Funktion bildet nach traditioneller Sichtweise die Hauptaufgabe des Privatrechts.

Ein Interessenausgleich kann gesetzlich sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Häufig sind der durch den Gesetzgeber in Form einer abstrakt-generellen Regelung selbst vorgenommene, standardisierte Interessenausgleich auf der einen Seite und der gerichtliche, konkret-individuelle Interessenausgleich im Wege der Einzelfallabwägung auf der anderen Seite. Das Paradigma eines standardisierten Interessenausgleichs bildet die Definition der Volljährigkeit in § 2 BGB; den Lehrbuchfall der Einzelfallabwägung stellt die Kündigung aus wichtigem Grund dar, bei der das Gericht gemäß § 314 Abs. 1 S. 2 BGB „unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen“ entscheiden soll.

Die Interessenausgleichsfunktion ist aber nicht auf das Privatrecht beschränkt, sondern kommt in allen drei Teilrechtsordnungen vor. Indem das Recht einen Interessenausgleich standardisiert, macht es Vorgaben, die nicht nur den Rechtsverkehr, sondern das Zusammenleben im Allgemeinen erleichtern, indem für typische Interessenkonflikte eine rechtliche Lösung angeboten wird. Beispiele sind die Vorschriften über die verschiedenen Baugebiete, die in einem Bebauungsplan festgesetzt werden können (vgl. §§ 2–11 BauNVO). Aber auch die Regelungen über das Rechtsfahrgebot im Straßenverkehr (§ 2 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 StVO) oder das Konzept des Verbrechens (§ 12 Abs. 1 StGB) einschließlich der daran anknüpfenden Rechtsfolgen (z.B. § 23 Abs. 1 StGB) können als standardisierter Interessenausgleich angesehen werden, vor allem aber die meisten Vorschriften

des dispositiven Vertragsrechts.²⁷¹ Auch die einzelfallbezogene Abwägung der beteiligten Interessen ist nicht auf das Privatrecht beschränkt. So erfordert im Öffentlichen Recht insbesondere die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne eine umfassende Einzelfallabwägung. Im Strafrecht verlangt etwa § 46 Abs. 2 S. 1 StGB für die Strafzumessung eine umfassende Abwägung aller Umstände, die für und gegen den Täter sprechen.

Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Rechts weisen viele Überschneidungen auf, unterscheiden sich aber auch in wesentlicher Hinsicht. Während bei der Infrastrukturfunktion die Ermöglichung rechtlichen Handelns im Vordergrund steht, zielt die Interessenausgleichsfunktion darauf ab, eine bestimmte Klasse von Fällen oder einen Einzelfall einer allen Seiten gerecht werdenden Lösung zuzuführen. Im Ergebnis werden dadurch meist die Handlungsmöglichkeiten der Parteien begrenzt. Die Herstellung eines Interessenausgleichs ist nicht zwingend, aber häufig Ausdruck politischer Wertungen. Deshalb steht der rechtlich vorgesehene Interessenausgleich, anders als Infrastrukturelemente, nur teilweise zur Disposition des Handelnden. Zwar können die Parteien in Verträgen eigene Regelungen treffen, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen und selbst Vertragsaufhebungsregeln wie die Irrtumsanfechtung gemäß § 119 BGB können privatautonom im Vorhinein modifiziert werden.²⁷² Allerdings endet die Privatautonomie immer dort, wo mit dem standardisierten Interessenausgleich politische Wertungen verbindlich festgelegt werden sollen. So kann beispielsweise ein Sechzehnjähriger nicht durch die vertragliche Definition eines 300-Tage-Jahres zum Volljährigen „hochgerechnet“ werden und die Anwohner einer Straße können nicht den Linksverkehr vereinbaren. Auch das Ergebnis einer vom Gericht für den Einzelfall getroffenen Interessenabwägung ist für die Parteien grundsätzlich bindend und kann auf Betreiben einer Seite nur unter besonderen Voraussetzungen verändert werden (so etwa gemäß § 238 Abs. 1 S. 2 FamFG, der bei wesentlichen Veränderungen eine Anpassung gerichtlich festgesetzter Unterhaltspflichten ermöglicht).

Obwohl Interessenausgleichsfunktion und Regulierungsfunktion beide die Handlungsfreiheit einschränken, sind sie klar zu trennen. Ein rechtlicher Interessenausgleich, auch wenn er für die Parteien zwingend ist, ist darauf gerichtet, eine Lösung des Konflikts zwischen den Beteiligten zu erreichen, und verfolgt kein über die Normierung dieses Ausgleichs hinausgehendes Allgemeinwohlziel. Der Gesetzgeber oder das Gericht versuchen beim Interessenausgleich, ausschließlich die beteiligten privaten Interessen zur Geltung zu bringen. Haben sich diese Interessen etwa in einem freien Vertragsschluss oder einem Marktpreis artikuliert,

²⁷¹ Vgl. Kaufmann, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (1988), S. 65, 78 f., der als eine Art rechtlicher Normierung die „Definition von Bedingungen“ aufführt und darunter nicht nur die Definition von Maß, Gewicht und Währung fasst, sondern auch pauschal die „Regelungen des Privatrechts“.

²⁷² Ausführlich dazu Hellgardt, AcP 213 (2013), 760, 798–803.

gilt deshalb als Leitlinie ein „Neutralitätsgebot“²⁷³, d. h. der Interessenausgleich ist darauf beschränkt, zu überprüfen, ob die Voraussetzungen privatautonomer Selbstbestimmung gegeben sind. In Bereichen, in denen die Privatautonomie eingeschränkt ist (z. B. im Sachenrecht, Familienrecht oder auch im öffentlichen Nachbarrecht), stößt ein solches Neutralitätsgebot allerdings an Grenzen. Denn häufig sind die entsprechenden Privatinteressen nicht hinreichend eindeutig oder umfassen – insbesondere bei standardisierenden Regelungen – viele unterschiedliche Ausprägungen, so dass der Interessenausgleich nur unter Rückgriff auf materielle Wertungen gefunden werden kann, die Ausdruck politischer Präferenzen sind.²⁷⁴ Obwohl damit politische Wertungsentscheidungen unausweichlich sind, ist die Interessenausgleichsfunktion weitaus weniger politisch als die Regulierungsfunktion. Viele gesetzliche Interessenausgleiche sind – innerhalb eines gewissen Spielraums – kontingent; häufig sind es weniger politisch-gestalterische Gründe, sondern ein Wandel der gesellschaftlichen Anschauungen, die zu einer Änderung abstrakt-genereller Interessenausgleiche führen. Dies zeigt etwa die Herabsetzung der Volljährigkeit von 21 auf 18 Jahre zum 1. Januar 1975.²⁷⁵ Auch sind häufig unterschiedliche Regelungen gleich geeignet, den angestrebten Interessenausgleich herzustellen, wie etwa der Linksverkehr in vielen englischsprachigen Ländern zeigt. Selbst wenn mit einem Interessenausgleich Anliegen des Schutzes bestimmter Personengruppen oder der Rechtssicherheit verfolgt werden, macht dies etwa gesetzliche Formvorschriften wie die Form des eigenhändigen Testaments (§ 2247 BGB) nicht unausweichlich.²⁷⁶

Demgegenüber stellt die Rechtsbefolgung bei der Regulierung keinen Wert an sich dar; im Vordergrund steht vielmehr das weitergehende politische Steuerungsziel. Der Gesetzgeber, Richter oder Verwaltungsbeamte möchte das Verhalten der Rechtsunterworfenen in einer bestimmten Weise verändern, um damit ein öffentliches Interesse zu verwirklichen. Stellt sich heraus, dass in einem konkreten Fall die Regelung nicht erforderlich ist, um dieses weiterreichende Steuerungsziel zu erreichen, liegt es in der Logik von Regulierung, eine einschränkende Auslegung oder sogar eine teleologische Reduktion der betreffenden Rechtsnorm vorzunehmen, auch wenn dadurch zugleich der Schutz von Individualinteressen beeinträchtigt wird. Dient der Individualschutz allein als Mittel

²⁷³ *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 55–58; siehe auch *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 6–8.

²⁷⁴ Die Notwendigkeit solcher politischer Wertungen lässt sich nur leugnen, wenn man von einem natur- oder vernunftrechtlich vorgegebenen (Privat-)Recht ausgeht, das es ermöglicht, sämtliche Wertungsentscheidungen aus übergreifenden Prinzipien zu deduzieren; vgl. unten S. 330.

²⁷⁵ Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31.07.1974, BGBl. I, S. 1713.

²⁷⁶ Neben dem in § 2247 BGB geregelten holographischen Testament kennen andere europäische Rechtsordnungen wie z. B. England allein das allographische Testament, das nur die Unterzeichnung der Urkunde durch den Erblasser verlangt, allerdings in Gegenwart von Zeugen, oder eröffnen die Wahl zwischen beiden Formen wie z. B. die §§ 578, 579 ABGB; siehe *Herrler*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 1472, 1474.

zur Verwirklichung des Allgemeinwohls, so hat er zurückzutreten, wenn das Allgemeinwohlinteresse im Einzelfall nicht betroffen ist.

c. Weitere Funktionen und Funktionsüberschneidungen

Während die Infrastruktur- und die Interessenausgleichsfunktion des Rechts die wichtigsten Gegenpole der Regulierungsfunktion darstellen, kann man, wie bereits erwähnt, eine ganze Reihe weiterer Funktionen des Rechts definieren. Im Folgenden soll kurz auf die Organisations- und die Begrenzungsfunktionen des Rechts eingegangen werden, weil diese ebenfalls wichtige Interaktionen mit der Regulierungsfunktion aufweisen. Während die bislang betrachteten Rechtsfunktionen (Regulierung, Infrastruktur, Interessenausgleich) wesentlich die gesellschaftliche Wirkung des Rechts betreffen, beziehen sich die Organisationsfunktion und die Begrenzungsfunktion gleichwertig auf die Gesellschaft und den staatlichen Bereich.

Mit der Organisationsfunktion soll die Eigenschaft des Rechts bezeichnet werden, Organisations- und Zuständigkeitsstrukturen zu begründen. Diese Funktion zeigt sich prominent im Öffentlichen Bereich, insbesondere im Staatsorganisations- und Kommunalrecht,²⁷⁷ findet sich aber ebenso im Privatbereich mit dem Gesellschaftsrecht. Der Aufbau des Staates, seiner selbständigen Körperschaften und Behörden einerseits und die Organisation des Wirtschafts- und Soziallebens in Gesellschaften und Konzernen sowie Vereinen und anderen Zusammenschlüssen andererseits sind Ausweis der Organisationsfunktion.²⁷⁸ Anders als bei der Sichtweise von Recht als Infrastruktur geht es bei der Organisationsfunktion nicht um die Bereitstellung verschiedener Organisationsoptionen, sondern um die mit der Wahl einer bestimmten Organisationsform verbundenen Folgen, um die *Strukturierung menschlichen Handelns*. Organisationsintern ist damit die Zuweisung von Macht- und Entscheidungsbereichen gemeint, welche dann wiederum durch checks and balances, sprich Strukturen der Gewaltenteilung, ausgeglichen werden können. Organisationsextern zeigt sich die Organisationsfunktion in Form von Zuständigkeiten und Verfahrensabläufen. Während die Regulierungsfunktion die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele mittels rechtlicher Regelung bezeichnet, teilt die Organisationsfunktion des Rechts zwar die verhaltenssteuernde Wirkung, es fehlt ihr aber an einem direkten Steuerungsziel. Vielmehr schafft Organisation eine Struktur, welche optimale Entscheidungen im Einzelfall gewährleisten soll, ohne diese bereits inhalt-

²⁷⁷ Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7, 21: Öffentliches Recht als „Organisationsrecht“, zu dem insbesondere das Zuständigkeits-, Haushalts- und Rechnungsprüfungsrecht gehören.

²⁷⁸ Das bedeutet nicht, dass das Recht der Personenverbände des privaten und des öffentlichen Rechts den gleichen Grundsätzen folgen müsste; dagegen z.B. Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980), S. 12 f. Die hier entwickelten Funktionen des Rechts sind keine rechtsdogmatischen Grundprinzipien oder Strukturelemente des geltenden Rechts.

lich zu determinieren. Dies ist insbesondere in Lebensbereichen wichtig, in denen aufgrund von tatsächlicher Unsicherheit eine ergebnisorientierte Steuerung unmöglich ist.²⁷⁹

Mit dem Ausdruck Begrenzungsfunktion²⁸⁰ soll hier die abwehrende Dimension des Rechts bezeichnet werden. Diese zeigt sich paradigmatisch in den Grundrechten, die den Bürger als Abwehrrechte gegen einen übergriffigen Staat schützen.²⁸¹ Zugleich kommt die Begrenzungsfunktion aber auch im Rechtsgüterschutz des Strafrechts und in den privatrechtlichen Ansprüchen auf Achtung der Privatsphäre und der eigenen Rechtspositionen zum Ausdruck. Je nach Regelungsbereich verlaufen Regulierungs- und Begrenzungsfunktion des Rechts parallel oder konträr. Der Diebstahlstatbestand (§ 242 StGB) ist ein Beispiel für den Gleichlauf: Gegenüber einem potentiellen Dieb stellt er sich als Regulierung dar, die ihn von der möglichen Tat abhalten soll (Generalprävention). Aus Sicht des betroffenen Eigentümers handelt es sich dagegen um eine Begrenzungsregelung, die fremden Übergriffen auf das Eigentum Schranken setzt (etwa in Form eines Abwehranspruchs gemäß §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB i.V.m. § 242 StGB). Häufiger ist der Konfliktfall: Viele wirtschaftsrechtliche Regulierungen beschränken die freie wirtschaftliche Betätigung und müssen sich daher an den Abwehrrechten der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer messen lassen, insbesondere der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG und der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Auf diesen Aspekt wird später ausführlich eingegangen.²⁸²

Die letzten Beispiele zeigen bereits, dass sich die bislang prototypisch gegeneinander gestellten Rechtsfunktionen in der Realität vielfach überlappen und miteinander interagieren. Im vorliegenden Kontext interessiert dabei besonders, dass andere Rechtsfunktionen auch für Regulierungszwecke nutzbar gemacht werden können. So kann eine primär infrastrukturelle Regelung so ausgestaltet oder reformiert werden, dass damit erhebliche Steuerungseffekte verbunden sind. Ein in letzter Zeit viel erforschtes Beispiel ist der Einsatz von dispositivem Vertragsrecht als staatliches Steuerungsinstrument.²⁸³ Entsprechend lässt sich auch die Interessenausgleichsfunktion für regulatorische Zwecke instrumentalisieren. Durch Normierung kann beispielsweise der Wettbewerb auf Märkten in bestimmten Fällen stimuliert werden, in anderen Konstellationen können Produktstandards und dergleichen als Marktzutrittsschranken wirken, die etwa die lokale Wirtschaft vor ausländischen Konkurrenten schützen.²⁸⁴ Ein Beispiel ist

²⁷⁹ Vgl. Engel, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 205, 238.

²⁸⁰ Siehe auch Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 6; Wagner, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 14.

²⁸¹ Grundlegend BVerfGE 7, 198, 204.

²⁸² Siehe unten S. 288 ff.

²⁸³ Siehe etwa Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37 ff.; monographisch Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 161–228; Möslin, Dispositives Recht (2011), S. 335–480.

²⁸⁴ Vgl. Schweitzer, EuZW 2012, 765 ff.

die Umstellung des Straßenverkehrs von Rechts- auf Linksverkehr in Samoa im Jahr 2009, mit dem die Regierung den Import günstigerer Autos aus Australien und Neuseeland fördern wollte.²⁸⁵ Auch die Organisationsfunktion des Rechts kann im Einzelfall als Regulierungsinstrument eingesetzt werden, insbesondere durch die Regelung von Zuständigkeiten und Verfahren. Ein plakatives Beispiel dafür ist Art. 1 BayAGLP a.F.,²⁸⁶ mittels dessen der Bayerische Gesetzgeber politischen Widerstand gegen die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft leistete, indem diese in Bayern nicht eheähnlich vor dem Standesbeamten, sondern nur vor dem Notar geschlossen werden konnte.

III. Regulierung im Privatrecht

In dieser Studie wird Regulierung nicht als Bezeichnung für ein Rechtsgebiet („Regulierungsrecht“), sondern als eine von mehreren Funktionen des Rechts verstanden. Die im vorigen Abschnitt genannten Beispiele zeigen bereits, dass die Funktionen verschiedene, teils instrumentelle Einsatzweisen des Rechts beschreiben, die jenseits der rechtsdogmatischen Trennlinie zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht stehen. Wenn sich der Staat dazu entscheidet, Recht instrumentell mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention im öffentlichen Interesse einzusetzen,²⁸⁷ gibt es prima facie keinen Grund, weshalb er sich auf die Mittel des Straf- oder Verwaltungsrechts beschränken müsste. Zudem zeigen Diskussionen wie diejenige über den Vorrang der Verfassung, insbesondere der Grundrechte, gegenüber dem Privatrecht²⁸⁸ und allgemein über das Phänomen der „Materialisierung“ des Privatrechts,²⁸⁹ dass die aus dem 19. Jahr-

²⁸⁵ Siehe *Romberg*, Die Zeit 2009 Nr. 01, S. 20.

²⁸⁶ Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 26.10.2001, GVBl. 2001, S. 677. Inzwischen abgelöst durch das Bayerische Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 7.7.2009, GVBl. 2009, S. 261. Art. 1 n.F. räumt nunmehr ein Wahlrecht zwischen Standesbeamten und Notar ein.

²⁸⁷ Siehe die obige Definition von Regulierung S. 50.

²⁸⁸ Siehe z.B. *G. Hager*, in: FS Beuthien (2009), S. 567 ff.; *Ladeur*, in: FS Teubner (2009), S. 543 ff.; *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 ff.; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 61–286. Ausführlich dazu unten S. 269 f.

²⁸⁹ Monographisch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), S. 23–45 und passim; siehe auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 ff.; *G. Hager*, Die Strukturen des Privatrechts in Europa (2012), S. 11–27; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13 ff. sowie *Habermas*, Faktizität und Geltung⁴ (1994), S. 477–493. Grundlegend zur „Materialisierung“ im Recht *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft (1922), S. 506: „Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) einerseits, der Rechtsideologen andererseits, welche sich gerade gegen diese Alleingeltung solcher nur geschäftssittlicher Maßstäbe richten und ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate („Gerechtigkeit“, „Menschenwürde“) verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage.“

hundert stammende Vorstellung eines liberalen Zivilrechts,²⁹⁰ welches allein der privatautonomen Selbstbestimmung dient, nicht mehr das unhintergehbare Grundverständnis des Privatrechts darstellt. Im wissenschaftlichen Diskurs wird seit einiger Zeit für bestimmte Teilgebiete des Privatrechts, wie das Deliktsrecht oder das Gesellschaftsrecht, explizit eine Regulierungs- oder Steuerungsfunktion angenommen.²⁹¹ Öffentliches Recht und Privatrecht erscheinen als „wechselseitige Auffangordnungen“.²⁹²

Inwieweit sich in der Praxis tatsächlich eine Regulierung mittels Privatrecht beobachten lässt, soll in den folgenden Kapiteln untersucht werden.²⁹³ Dazu muss aber zunächst geklärt werden, wie sich die Regulierungsfunktion mit der herkömmlichen Struktur des Privatrechts verträgt und wie eine Regulierung mit Mitteln des Privatrechts rechtstheoretisch überhaupt denkbar und empirisch identifizierbar ist. Dies betrifft auf der einen Seite das Verhältnis von Privatautonomie zur Regulierung, denn es erscheint kontraintuitiv, dass ein durch die Privatautonomie geprägtes Rechtsgebiet Mittel zur Durchsetzung politischer Allgemeinwohlziele sein können soll. Auf der anderen Seite steht das zwingende Privatrecht, dem auch nach traditioneller Lesart durchaus verhaltenssteuernde Wirkungen zukommen, wobei diese zumeist auf den Schutz einer beteiligten Partei beschränkt werden. Zwischen den Polen Privatautonomie und zwingendes Privatrecht steht das dispositive Privatrecht. Es ist daher abschließend zu klären, wie sich das dispositive (Gesetzes-)Recht zur Regulierungsfunktion verhält.

1. Privatautonomie und Regulierung

„Privatautonomie“ ist ein für das Privatrecht zentraler Rechtsbegriff,²⁹⁴ der allerdings keineswegs einheitlich verwendet wird und über dessen Bedeutung erstaunliche Unklarheit herrscht.²⁹⁵ Nähert man sich der rechtswissenschaftlichen Diskussion über Privatautonomie, kann man in einem ersten Schritt eine grobe Unterteilung zwischen dem Verständnis von Privatautonomie als Freiheitsrecht

²⁹⁰ Dazu ausführlich unten S. 329 ff. und S. 337 f.

²⁹¹ Beispielhaft *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451–471 (zum Deliktsrecht); *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 35–48 (zum Kapitalgesellschaftsrecht).

²⁹² Grundlegend *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 261 ff. und *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7 ff.

²⁹³ Siehe unten S. 98 ff. und S. 155 ff.

²⁹⁴ An dieser Stelle geht es allein um eine rechtstheoretische Auseinandersetzung. Zu den materiellen Grenzen der Regulierung aufgrund des Verfassungsprinzips der Privatautonomie ausführlich unten S. 291 ff. Zur Rolle der Privatautonomie für das Selbstverständnis des Privatrechts unten S. 523 ff.

²⁹⁵ Siehe stellvertretend *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 70: „janusköpfiges Konzept“ (bezogen auf die Rechtsprechung des BVerfG).

und Privatautonomie als Bezeichnung rechtlicher Selbstbestimmung vornehmen.²⁹⁶ Diese beiden Bedeutungen weisen sehr unterschiedliche Beziehungen zur Regulierung auf: Im Zusammenhang mit der privatautonomen Freiheit stellt sich Regulierung als ein Eingriff dar, wohingegen rechtliche Selbstgestaltung und staatliche Verhaltenssteuerung als Gegensätze erscheinen. Allerdings wäre es auch denkbar, die Einräumung von Privatautonomie selbst als Regulierungsmittel zu verstehen. Diese drei Problemkreise sollen im Folgenden untersucht werden.

a. Privatautonomie als Freiheitsgrundrecht

Nach der klassischen Formulierung von *Flume* bezeichnet Privatautonomie „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“.²⁹⁷ Verfassungsrechtlich ist Privatautonomie Ausfluss der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit;²⁹⁸ soweit es um Rechtsgeschäfte im Wirtschaftsbereich geht, fällt sie auch in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG,²⁹⁹ in anderen Lebensbereichen teils auch in den Schutzbereich weiterer Freiheitsrechte.³⁰⁰ In ihrem Kernbereich ist sie zudem Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.³⁰¹

Während die Privatautonomie als Freiheit zur Selbstgestaltung aus Sicht der Privatrechtswissenschaft als prägendes Merkmal und exklusive Domäne des Privatrechts angesehen wird,³⁰² kommt ihr aus Sicht der Grundrechtstheorie keine solche Sonderstellung zu.³⁰³ Es handelt sich vielmehr um einen grundrechtlichen Schutzbereich, der Ausfluss und Unterfall des Auffangtatbestands „allgemeine Handlungsfreiheit“ ist und die Handlungsfreiheit bei der Privatrechtsgestaltung umfasst. Dies hat zugleich zur Folge, dass die Privatautonomie aus verfassungsrechtlicher Sicht bereits dann eingeschränkt werden darf, wenn ein solcher

²⁹⁶ Ähnlich, aber nicht gleichlaufend, die Unterscheidung von *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 279 zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit.

²⁹⁷ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 1; siehe auch BVerfGE 89, 214, 231.

²⁹⁸ Siehe z.B. BVerfGE 8, 274, 328; 89, 214, 231; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 22–30; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 2 Rn. 101; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 6–8; *Laufke*, in: FS Lehmann (1956), Bd. I, S. 145, 162.

²⁹⁹ Siehe z.B. BVerfGE 81, 242, 254; 134, 204, 223; *Scholz*, AöR 100 (1975), 80, 128 f.; vgl. auch *L. Raiser*, JZ 1958, 1, 5.

³⁰⁰ *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 9–19; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 294–301.

³⁰¹ BVerfGE 72, 155, 170; siehe auch *Canaris*, JZ 1987, 993, 994.

³⁰² So etwa *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 214; *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 45–49; *Rittner*, JZ 2011, 269, 273; siehe auch *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 239, 249–252.

³⁰³ Siehe nur *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 2 Rn. 101, der die Privatautonomie als den „zivilrechtlichen Entsprechungsbegriff der Handlungsfreiheit“ bezeichnet.

Eingriff aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheint.³⁰⁴

Daraus ergeben sich zwei Folgerungen für das Privatrecht: In negativer Hinsicht resultiert hieraus eine Beschränkung des Schutzbereichs der Privatautonomie. Soweit das Privatrecht *keine* Selbstgestaltung vorsieht – und dies gilt für den ganz überwiegenden Teil des BGB, selbst für große Teile des Schuldrechts („gesetzliche (!) Schuldverhältnisse“) – ist die Privatautonomie gar nicht einschlägig.³⁰⁵ In positiver Hinsicht wird deutlich, dass die Privatautonomie als Freiheitsgrundrecht private Rechtsgestaltungen primär *vor hoheitlichen Eingriffen durch den Staat* schützt.³⁰⁶ Die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie bedeutet in materieller Hinsicht die grundsätzliche Anerkennung privatautonom getroffener Vereinbarungen,³⁰⁷ ohne dass diese erst durch ein unterverfassungsrechtliches Gesetz positiv ausgesprochen werden müsste.³⁰⁸ Versagt der Staat einer solchen Vereinbarung die rechtliche Anerkennung (d.h. die Bereitstellung des staatlichen Gerichts- und Zwangsvollstreckungssystems), bedarf dies einer grundrechtlichen Rechtfertigung.³⁰⁹

Die verfassungsrechtliche Grundlage entfaltet Rückwirkungen auf das Verhältnis der Regulierung zur Privatautonomie verstanden als Freiheitsrecht. Regulierung stellt sich in dieser Perspektive als eine von mehreren Formen des Eingriffs in die Privatautonomie dar, nämlich als diejenige, bei der eine Verhaltenssteuerung zur Implementierung politischer Allgemeinwohlziele angestrebt wird.

³⁰⁴ Vgl. BVerfGE 80, 137, 159. Ausführlich dazu unten S. 303 f.

³⁰⁵ Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass andere Grundrechte eingreifen. So hat etwa des BVerfG aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein Recht des leiblichen Vaters auf rechtliche Anerkennung seiner Vaterschaft hergeleitet; BVerfGE 108, 82, 99–111. Ausführlich zum Ganzen unten S. 289 ff.

³⁰⁶ Zur Privatautonomie als Grundlage einer grundrechtlichen Schutzpflicht siehe sogleich S. 69. Zum Problem der „Drittwirkung“ der Grundrechte unten S. 270 ff. und S. 282 ff.

³⁰⁷ A.A. L. Raiser, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 101, 115: „Der Hinweis auf den der Privatautonomie gewährten Freiheitsraum reicht zur Antwort nicht aus, denn er führt nur zur Nichteinmischung des Staates, nicht notwendig auch zu Anerkennung und Schutz des Vereinbarten.“

³⁰⁸ Allerdings müssen die privatrechtlichen *Handlungsformen* einfachgesetzlich ausgestaltet werden, damit die Privaten auch tatsächlich von ihrer Privatautonomie Gebrauch machen können. An dieser Stelle zeigt sich, dass die Privatautonomie auch einen Ausgestaltungsauftrag an den Gesetzgeber enthält: „Der einzelne hat zwar im Bereich der Privatautonomie zu bestimmen, ob und welche Rechtsverhältnisse er betreffs welcher Gegenstände oder Personen gestalten will. Er kann aber nur in den Akten rechtsgestaltend handeln, welche ihm als Aktstypen nach der Rechtsordnung dafür zur Verfügung stehen, und er kann nur solche Rechtsverhältnisse und diese nur in der Weise gestalten, wie es durch die Rechtsordnung anerkannt ist.“; Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 2. Verfassungsdogmatisch ist dieser Gestaltungsauftrag Ausfluss der Privatautonomie als Institutsgarantie; BVerfGE 89, 214, 231; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 167–172; Höfling, Vertragsfreiheit (1991), S. 25–31; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 313–318; monographisch Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten (2009).

³⁰⁹ Die Einzelheiten dieser Rechtfertigung hängen davon ab, ob es sich um eine interessenausgleichende oder regulierende Beschränkung handelt; ausführlich dazu unten S. 277 ff.

Daneben treten weitere Formen der Begrenzung von Privatautonomie, etwa durch einen rechtlich zwingenden Interessenausgleich oder die Verweisung des Rechtsunterworfenen auf bestimmte Zuständigkeiten oder Verfahrensformen als Ausfluss der Organisationsfunktion des Rechts.³¹⁰ Der Konflikt zwischen Privatautonomie und Regulierung ist nicht privatrechtsspezifisch,³¹¹ sondern erweist sich als Ausschnitt aus dem großen Spannungsfeld grundrechtlich gewährter Freiheiten und staatlicher Eingriffe im Gemeinwohlinteresse („Grundrechtsschranken“). Die Fragen nach der Zulässigkeit und den Grenzen von Regulierung im Privatrecht stellen sich verfassungsdogmatisch im Gewand der „Schranken-Schranken“.³¹²

b. Privatautonomie als Selbstbestimmung

Dennoch kommt der Privatautonomie im klassischen Sinne, also der Freiheit, Rechtsgeschäfte selbst abschließen und gestalten zu können, eine besondere Bedeutung innerhalb der Freiheitsrechte zu. Während es im Öffentlichen Recht notwendigerweise um die Verfolgung öffentlicher Interessen geht, betrifft ein wesentlicher Teil des Privatrechts die Rechtsfolgen rechtsgeschäftlichen Handelns. Dies ist ein Bereich, in dem sich meistens (nicht immer!) rein private Interessen verwirklichen.³¹³

Kern der Flumeschen Formel von der Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“ ist die Freiheit, *rechtsgeschäftlich* tätig werden zu können. Daraus erklärt sich auch die häufig vorgenommene Gleichsetzung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit.³¹⁴ Sedes materiae der Privatautonomie als Selbstbestimmung ist das Recht der Rechtsgeschäfte, zuvörderst das Schuldrecht, welches die Verwirklichung der Vertragsfreiheit zu gewährleisten hat.³¹⁵ An dieser Stelle kann man den Übergang

³¹⁰ Die hier als Interessenausgleich bezeichnete Funktionen des (Privat-)Rechts (vgl. S. 59 ff.) stellt grundrechtsdogmatisch lediglich eine „Ausgestaltung“ der Privatautonomie und keinen „Eingriff“ in dieselbe dar; siehe unten S. 282 ff.

³¹¹ Siehe zur Bedeutung der Privatautonomie jenseits des Privatrechts unten S. 523 ff.

³¹² Dazu ausführlich unten S. 300 ff.

³¹³ Hiermit ist keine Rechtsgebietsabgrenzung im Sinne der überkommenen Interessentheorie gemeint (zu dieser siehe unten S. 524 f.), vielmehr geht es alleine um eine Beschreibung der typischen Regelungszwecke.

³¹⁴ So etwa bei *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873, 881; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 44; *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 239, 249; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), S. 17; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 68. Zum Verhältnis der beiden Begriffe unten S. 539 ff.

³¹⁵ Vertragsfreiheit wird deshalb von Einigen zum bestimmenden Strukturelement des Schuldrechts erklärt; z.B. *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 214; *L. Raiser*, JZ 1958, 1; *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 45–49; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 16; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff. Vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bereits *Siber*, Jher. Jb. 70 (1921), 223 ff.

zwischen den beiden Privatautonomie-Diskursen verorten; es handelt sich dabei um ein wechselseitiges Ineinandergreifen: Soweit die Rechtsordnung Privatautonomie gewährleistet, erkennt sie die Selbstgestaltung der Privaten an, ohne dass diese einer weiteren Rechtfertigung bedürfte: stat pro ratione voluntas.³¹⁶ Privatautonomie in diesem Sinne bezeichnet *materielle Selbstbestimmung*, die es rechtfertigt, infolge einer derartigen „Willenserklärung“ ein subjektives Recht anzuerkennen, welches notfalls vor staatlichen Gerichten durchgesetzt werden kann. Es ist aber genau diese Rechtsfolge – der Einsatz staatlicher Zwangsmittel infolge freier Selbstbestimmung der Privaten –, welche die materielle Privatautonomie wieder an das Verfassungsrecht rückbindet: Knüpft der Staat Rechtsfolgen bis hin zum Einsatz von Zwangsmitteln an privatautonomen Handeln, erfordern die Freiheitsgrundrechte des von den Rechtsfolgen betroffenen Privaten ein Mindestmaß an staatlicher Kontrolle. Den Staat trifft eine Schutzpflicht; er darf vertragliche Ansprüche nur dann mit Hoheitsmitteln durchsetzen, wenn sich diese auf die Privatautonomie des Betroffenen zurückführen lassen.³¹⁷ Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn auch *tatsächlich* ein Akt freier Selbstbestimmung vorliegt.³¹⁸ Aus verfassungsrechtlicher Sicht erfordern die Grundrechte aber keinesfalls, die Wirksamkeit von rechtsgeschäftlichen Regelungen (etwa im Falle von durch die andere Vertragspartei gestellten AGB) notwendigerweise an eine materielle Selbstbestimmung zu binden.³¹⁹

³¹⁶ Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 6: „Die Geltung des Grundsatzes der Privatautonomie bedeutet die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse.“

³¹⁷ Ausführlich Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 37–51.

³¹⁸ BVerfGE 81, 242, 255; 89, 214, 232. Handelt es sich um die prototypische Situation eines zweiseitigen Vertrags, kommt es nach h. M. zu einer Kollision zwischen der abwehrrechtlichen Privatautonomie des auf Vertragserfüllung bestehenden Vertragspartners (Abwehr des Eingriffs in die grundsätzlich bestehende Verbindlichkeit privatautonomer Vereinbarungen) und der auf der Privatautonomie basierenden Schutzpflicht zugunsten des potentiell gebundenen Kontrahenten. Überzeugender ist es allerdings, die Durchsetzung der vertragsrechtlichen Ansprüche dann zu verwehren, wenn die für den Fall entscheidende Ausgestaltung des Vertragsrechts durch Gesetzgeber oder Zivilrichter nicht „angemessen“ ist; siehe unten S. 282 ff.

³¹⁹ BVerfGE 81, 242, 254. Missverständlich daher Wagner, in: Blaurock / G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 70: „Mit der grundrechtlichen Privatautonomie lässt sich sowohl der Grundsatz des *pacta sunt servanda* als auch sein Gegenteil begründen, je nachdem, ob ein Akt echter Selbstbestimmung vorliegt oder nicht.“ Verfassungsrechtlich ist es nur dann zulässig, eine ohne Willensmängel getroffene rechtsgeschäftliche Vereinbarung *nicht* anzuerkennen, wenn eine erheblich ungleiche Verhandlungsposition auch ein einseitiges Aufbürden von vertraglichen Lasten (BVerfGE 103, 89, 100 f.), also einen als anrühend empfundenen Vertragsinhalt zur Folge hat. Gegen den Ausgleich von „Ungleichgewichtslagen“ aber z. B. Zöllner, AcP 196 (1996), 1 ff. Selbst wenn man einen Ausgleich von ungleichen Verhandlungspositionen grundsätzlich für verfassungsrechtlich geboten hält, wäre es jedoch vorschnell, daraus zu schließen, dass sich das Verfassungsrecht darauf beschränke, die Vertragsfreiheit im Sinne einer „formalen“ Freiheit zu garantieren; so aber Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 204. Vielmehr kann das Erfordernis einer materiellen Selbstbestimmung durch komplementäre Schutzmechanismen – insbesondere einen funktions-

Konzeptionell stellen Privatautonomie als materielle Selbstbestimmung und Regulierung als staatliches Instrument zur Implementierung politischer Allgemeinwohlziele Gegensätze dar. Soweit tatsächlich ein materiell privatautonomer Akt vorliegt, kann dieser nicht zugleich Ausdruck eines Regulierungszwecks sein. Eine derart begründete Pflicht wird *selbstbestimmt* übernommen und ist nicht Teil einer *staatlichen* Verhaltenssteuerung. Diese Erkenntnis hat eine verfassungsrechtliche und eine privatrechtstheoretische Konsequenz.

Verfassungsrechtlich bedeutet das Exklusivitätsverhältnis von materieller Privatautonomie und Regulierung, dass dort, wo die Grundrechte einen unbeschränkbar Kern privatautonomer Selbstbestimmung gewährleisten (z. B. bei der Wahl des Ehepartners³²⁰), als Kehrseite die Regulierung verfassungsrechtlich unzulässig ist.³²¹

Privatrechtstheoretisch lässt sich das Verhältnis von privatautonomer Gestaltungsmacht und staatlicher Regulierung wie folgt konkretisieren: Eine Einschränkung der Regulierungsfunktion durch die Privatautonomie kommt von vornherein nur für den rechtsgeschäftlichen Bereich, in dem privatautonome Selbstgestaltung grundsätzlich zugelassen ist,³²² in Betracht. Aber selbst innerhalb dieses Bereichs stellen privatautonome Gestaltungsakte nur für einen begrenzten Teil der Ansprüche den (alleinigen) Rechtsgrund dar. Nur insoweit, wie der Einzelne von seiner materiellen Vertragsfreiheit auch tatsächlich Gebrauch macht, kann die vertragliche *Vereinbarung* als Geltungsgrund seiner Verpflichtung verstanden werden,³²³ mit der Folge, dass eine Regulierungsfunktion ausscheidet.

Bei den meisten Verträgen werden lediglich der Vertragsschluss als solcher und die Festlegung der *essentialia negotii* die Voraussetzungen einer materiellen Selbstbestimmung beider Seiten erfüllen. Die weiteren Rechtsfolgen des Vertrags werden typischerweise von den Parteien nicht aktiv bedacht, sondern etwa die Ansprüche des Käufers wegen Pflichtverletzung vom Gesetz – mangels abweichender Regelung der Parteien – „in Hinblick darauf gewährt [...], daß die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Kaufsache durch den Kaufvertrag

fähigen Wettbewerb – ersetzt werden; ähnlich auch *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873, 880, 886. Zum Wettbewerb als „Entmachtungsinstrument“ *Böhm*, ORDO 22 (1971), 11, 20.

³²⁰ Vgl. *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 6 Rn. 47.

³²¹ Ausführlich dazu unten S. 302 ff.

³²² Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn die Vertragsabschlussfreiheit durch Diskriminierungsverbote oder einen Kontrahierungszwang gesetzlich beschränkt ist. Siehe *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 10: „Soweit Kontrahierungszwang besteht, wird in Wahrheit nicht ‚kontrahiert‘, sondern der Vertrag ist nur noch ein technisches Mittel des Gesetzesvollzugs.“ Gleichsinnig bereits *Siber*, Jher. Jb. 70 (1921), 223, 224.

³²³ Hierbei handelt es sich nicht um eine rein rechtstheoretische Überlegung, vielmehr findet sich der Ansatz auch im AGB-Recht: Wenn tatsächlich beide Parteien von ihrer materiellen Vertragsfreiheit Gebrauch machen und die Vereinbarung aushandeln (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB), erhöht sich zugleich die *inhaltliche* Gestaltungsfreiheit, indem bestimmte Klauseln vereinbart werden können, die bei lediglich einseitig gestellten AGB per se verboten sind (vgl. §§ 307–309 BGB).

vereinbart ist“³²⁴. Regelungen über die Gefahrtragung, Schadensersatzansprüche gemäß §§ 280 ff. BGB oder gesetzliche (!) Rücktrittsrechte *rechtfertigen* sich zwar dadurch, dass die Parteien einen Vertrag geschlossen haben; sie *beruhen* aber nicht auf der privatautonomen Selbstbestimmung, sondern auf dem Gesetz.³²⁵ Abschlussfreiheit und die Bestimmung der essentialia negotii erweisen sich damit nicht nur als notwendige, sondern auch als hinreichende Bedingungen der Ausübung materieller Privatautonomie. Die darüber hinausgehenden Rechtsfolgen *können* selbstverständlich ebenfalls allein privatautonom vereinbart werden. In einem solchen Fall scheidet eine regulierende Funktion der Rechtsfolgen (sofern sie sich nicht in einer Wiederholung gesetzlicher Regelungen erschöpfen) aus. Soweit dies aber – wie bei der ganz überwiegenden Zahl der tatsächlich geschlossenen Verträge – nicht der Fall ist, greifen einseitig vorformulierte AGB, die einer richterlichen Kontrolle unterliegen, oder dispositiven Gesetzesbestimmungen ein und die Tür für eine regulatorische Einflussnahme öffnet sich.

Inwieweit dispositives Vertragsrecht und die AGB-Kontrolle im Einzelnen tatsächlich regulatorische Funktionen erfüllen, ist noch zu prüfen.³²⁶ Zunächst muss aber untersucht werden, ob nicht dieses gesetzliche Modell – Einräumung privatautonomer Gestaltungsmacht – selbst eine regulatorische Funktion hat.

c. Privatautonomie als Regulierung?

Nachdem geklärt ist, dass Regulierung einerseits einen Eingriff in die Privatautonomie darstellt, dass aber andererseits dort, wo materielle Privatautonomie ausgeübt wird, für Regulierung kein Raum ist, bleibt noch eine weitere grundsätzliche Frage zum Verhältnis der beiden Rechtsinstitute zu klären. Denn es wäre möglich, in der Gewährleistung von Privatautonomie bzw. Vertragsfreiheit *als solcher* einen Akt der Regulierung zu erblicken. Anerkanntermaßen besteht ein enger Zusammenhang zwischen Vertragsfreiheit und marktlichem Wettbewerb.³²⁷ Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, dass sich der Staat durch die Gewährleistung der Vertragsfreiheit die Steuerung durch Marktmechanismen zu Nutze mache.³²⁸ Damit erwiese sich die Privatautonomie selbst bzw. ihre Gewährleistung durch die Rechtsordnung als regulatorisch. Überzeugen kann diese Sichtweise freilich nicht.

³²⁴ Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 4.

³²⁵ Überzeugend Picker, AcP 183 (1983), 369, 507; ders., JZ 1987, 1041, 1044.

³²⁶ Unten S. 84 ff.

³²⁷ Siehe z. B. Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 94 f.; Canaris, in: FS Lerche (1993), S. 873, 879; Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 16–18; Kirchner, in: Riesenhuber/Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? (2007), S. 307; Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 10 f.; Steindorff, in: FS Raiser (1974), S. 621, 627; Wagner, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 16 f.

³²⁸ In diese Richtung z. B. Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 91 f. Siehe auch Grigoleit, in: Je-staedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 54, der von der „Steuerungsfunktion der Willkür als prägendes Element der Privatautonomie und des Privatrechts“ spricht.

Zwar kann der Marktmechanismus zweifellos eine erhebliche Verhaltenssteuerung bewirken; dabei handelt es sich jedoch nicht um „Regulierung“ im hier verwendeten Sinne. Diese wurde auf *rechtliche* Handlungsformen beschränkt, wobei die Durchsetzbarkeit der resultierenden Verpflichtungen mittels staatlicher Hoheitsgewalt als Kriterium dient.³²⁹ Der Einsatz staatlicher Zwangsmittel ist zwar zur Durchsetzung einzelner vertraglicher Pflichten möglich, nicht aber hinsichtlich der *Steuerungsinstrumente des Marktes* wie insbesondere des Preismechanismus.³³⁰ Hinzu kommt, dass der Staat³³¹ mit den individuellen Vertragsregelungen, welche die Privatautonomie ermöglicht, keine spezifische Steuerungsintention verfolgt.³³² Zudem ist bei einer privatautonomen Selbstbestimmung der Parteien zweifelhaft, ob überhaupt ein „staatliches Instrument“ vorliegt. Denn unabhängig von der Frage, ob man die Geltung von Verträgen aufgrund ihrer Willensfundierung als vor-positiv und damit losgelöst von einer konkreten Rechtsordnung betrachtet oder positivistisch einen Anerkennungsakt verlangt,³³³ würde es den Sinngehalt von Regulierung als Verhaltenssteuerung überspannen, allein in der gesetzlichen Anerkennung einen regulatorischen Akt zu erblicken. Wenn der Gesetzgeber dagegen Vorschriften erlässt, die Vertragstypen oder Handlungsformen definieren, handelt es sich in einem formalen Sinne um staatliche Instrumente. Materiell gesehen schafft er damit aber lediglich eine rechtliche Infrastruktur, welcher sich die Parteien bei ihrer privatautonomen Selbstbestimmung bedienen können, ohne sie daran zu hindern, eigene vertragliche Schuldverhältnisse im Sinne von § 311 Abs. 1 BGB jenseits der gesetzlichen Typologie zu begründen.³³⁴ Gesetzliche Normen, welche Grenzen der Wirksamkeit privatautonom getroffener Vereinbarungen festlegen (mögen sie rechtsphilosophisch in dem staatlichen Anerkennungsakt oder in naturrechtlichen Prinzi-

³²⁹ Siehe oben S. 50 f.

³³⁰ Vgl. Engel, in: v. Danwitz/Depenheuer/Engel (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums (2002), S. 9, 37 f.

³³¹ Sofern Private das Vertragsrecht benutzen, bezeichnen manche das Resultat als „privates Recht“; vgl. dazu den Sammelband *Bumke/Röthel* (Hrsg.), Privates Recht (2012) sowie darin die Begriffsbestimmung bei *Bumke/Röthel*, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht (2012), S. 1, 3; dagegen unterscheidet die h. M. zurecht zwischen (staatlichem) Recht und (privatautonomem) Rechtsgeschäft, siehe nur *Bachmann*, Private Ordnung (2006), S. 21; *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 99; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217–219; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 5. Für einen Sonderfall („privates Rechtsregime“) siehe *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 804. Auch wenn man Vertragsinhalte als „Recht“ ansehen wollte, handelte es sich nicht um Regulierung. Zwar mag „privates Recht“ in Einzelfällen eine erhebliche Steuerungswirkung entfalten; es wurde hier aber aus der Begriffsbestimmung der „Regulierung“ ausgeklammert, weil Ansatz dieser Studie die Untersuchung des Privatrechts als *staatliches* Steuerungsinstrument ist, siehe oben S. 51 f.

³³² Die Gewährleistung von Privatautonomie ist insoweit allerdings Ausfluss der hier so genannten „Organisationsfunktion“ des Rechts; vgl. oben S. 62 f. Sie ordnet bestimmte Lebensbereiche der privaten Gestaltungsmacht zu und ermöglicht so, dass – auch zum Wohle des öffentlichen Interesses – privatautonome Entscheidungen getroffen werden, ohne diese inhaltlich (regulatorisch) zu determinieren.

³³³ Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217–219. Siehe auch unten S. 529 ff.

³³⁴ Zum Gestaltungsauftrag an den Privatrechtsgesetzgeber siehe bereits S. 67, Fn. 308.

prien verortet werden), *können* hingegen ohne weiteres regulatorischen Charakter haben. Darauf wird sogleich zurückzukommen sein.

2. Zwingendes Privatrecht und Regulierung

Bislang wurde das Verhältnis von Rechtsgeschäft und Regulierung behandelt, weil sich die Privatautonomie privatrechtlich durch die Freiheit, rechtsgeschäftlich tätig werden zu können, verwirklicht. Betrachtet man hingegen das Verhältnis von zwingendem Recht und Regulierung, gerät das Privatrecht in seiner Gesamtheit in den Blick. Dabei sticht ins Auge, dass große Teile davon, etwa des Sachenrechts, des Familien- und Erbrechts, aber auch des Sonderprivatrechts, insbesondere des privaten Wirtschaftsrechts, aus zwingenden Vorgaben bestehen.³³⁵

a. Rechtlich zwingendes und faktisch zwingendes Privatrecht

Dennoch nimmt auch bei der Auseinandersetzung mit dem zwingenden Recht das Rechtsgeschäft eine besondere Stellung ein. Denn die Aussage, dass eine Norm des Privatrechts zwingenden Charakter hat, bedeutet anders gewendet, dass sie einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung nicht zugänglich ist.³³⁶ Vor diesem Hintergrund vertrat *Eugen Ehrlich*, der bereits 1899 das noch heute maßgebende Werk zum zwingenden und nichtzwingenden Recht im BGB veröffentlichte, die Auffassung, dass die Frage des zwingenden Rechts allein in der Lehre vom Rechtsgeschäft zu verorten sei.³³⁷ Dagegen ist jedoch zu Recht eingewandt worden, dass das Rechtsgeschäft lediglich das (privatrechtliche³³⁸) *Mittel* der Rechtsgestaltung ist, was aber nicht bedeutet, dass die Grenzen der Gestaltbarkeit zwingend selbst rechtsgeschäftlicher Natur sind.³³⁹ So wäre es etwa gekünstelt, wollte man § 1589

³³⁵ Ähnlich *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 52; anders offenbar *Grigoleit*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 1822, 1824 („Ausnahmecharakter“).

³³⁶ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 34; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil³⁶ (2012), S. 15; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 11. Allerdings existieren daneben auch weitere „Rechtshandlungen“ (teilweise auch als „rechtsgeschäftsähnliche Handlungen“ bezeichnet), welche die privatrechtliche Rechtslage verändern, wie z.B. die Mahnung i.S.v. § 286 Abs. 1 S. 1 BGB; ausführlich dazu *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 104–113.

³³⁷ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 10, 255. Dies ist der Hintergrund, weshalb viele Abhandlungen über „zwingendes Privatrecht“ eigentlich die Frage des zwingenden Schuldvertragsrechts betreffen; z.B. *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 250 f.

³³⁸ Selbstverständlich ist es auch möglich, mit öffentlich-rechtlichen Mitteln Privatrechtsverhältnisse zu modifizieren. Man denke etwa an sachbezogene Allgemeinverfügungen i.S.v. § 35 S. 2 Alt. 2 VwVfG (dinglicher Verwaltungsakt), die das Eigentum gemäß § 903 S. 1 BGB beschränken (z.B. durch Eintragung in eine Denkmalliste im konstitutiven System); vgl. *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁸ (2014), § 35 Rn. 319.

³³⁹ *Fröhlich*, Vom Zwingenden und Nichtzwingenden Privatrecht (1922), S. 63. Irreführend daher der Titel des Werks *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), welches

BGB, der die Verwandtschaftsverhältnisse mit zwingender Wirkung³⁴⁰ festlegt, als rechtsgeschäftliche Gestaltungsgrenze einordnen.³⁴¹ Es dürfte grundsätzlich Konsens darüber herrschen, dass Rechtsgebiete wie das Familienrecht, das Sachenrecht oder auch wirtschaftsrechtliche Sondergebiete wie etwa das Aktienrecht nicht (ausschließlich) der Gewährleistung privatautonomer Gestaltungsfreiheit dienen, sondern (auch) andere Regelungsziele verfolgen.³⁴² Infolgedessen sind die gesetzlichen Vorgaben in diesen Privatrechtsgebieten häufig einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung nicht zugänglich, also zwingend.³⁴³

Darüber hinaus existiert aber auch eine Vielzahl gesetzlicher Schuldverhältnisse, die nicht aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen „zwingend“ sind. Deliktsrecht, Eingriffskondiktion und Geschäftsführung ohne Auftrag sind zwar theoretisch einer rechtsgeschäftlichen Modifikation bzw. einem vertraglichen Ausschluss zugänglich; in vielen Lebenssituationen (etwa im Straßenverkehr) ist es aber aus praktischen Gründen unmöglich, mit allen möglichen Anspruchstellern ex ante einen Haftungsausschluss oder dergleichen zu vereinbaren.³⁴⁴ Damit handelt es sich um Instrumente, die der Gesetzgeber und die Gerichte aufgrund der faktischen Unabdingbarkeit als Regulierungsmittel einsetzen können.

Daraus folgt allerdings keineswegs, dass sämtliche Regelungen des rechtlich oder faktisch zwingenden Privatrechts auch tatsächlich eine Regulierungsfunktion erfüllen. Es bedarf vielmehr einer Untersuchung im Einzelfall, welche Funk-

als eines der Hauptbeispiele (siehe aaO., S. 128–265) das übernahmerechtliche Optionsregime des § 33a WpÜG behandelt.

³⁴⁰ Es ist allein möglich, das rechtliche Bestehen einer Verwandtschaftsbeziehungen durch gerichtliche Anfechtung zu beseitigen (§§ 1599 Abs. 1, 1598 BGB) oder die Aufhebung des Verwandtschaftsverhältnisses (§ 1759 BGB) zu erreichen; *Wellenhofer*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 1589 Rn. 10. Es ist dagegen aber nicht möglich, durch Rechtsgeschäft neue, gesetzlich nicht vorgesehene Verwandtschaftsbeziehungen zu begründen.

³⁴¹ So wohl auch *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 177.

³⁴² Siehe beispielhaft zum Familienrecht *Koch*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Einl. FamR Rn. 38 (Regelung der „personen- und vermögensrechtlichen Beziehungen der durch Ehe, Verwandtschaft oder Schwägerschaft verbundenen Personen“); zum Sachenrecht *Seiler*, in: Staudinger (2012), Einl. zum SachenR Rn. 5 („Inhaltsbestimmung und Abgrenzung; Entstehung, Erlöschen und Verfügbarkeit; Schutz“ dinglicher Rechte); zum Aktienrecht bzw. Gesellschaftsrecht im Allgemeinen *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980), S. 17 („Aufgabe des Gesellschaftsrechts ist es, für die privaten Vereinigungen gerechte und zweckmäßige Verhaltensregeln zu entwickeln.“).

³⁴³ Vgl. *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 14 f.

³⁴⁴ Dieses Problem wird vor allem in der ökonomischen Analyse des Rechts unter dem Schlagwort der prohibitiv hohen Transaktionskosten diskutiert; vgl. *Cooter/Ulen*, Law & Economics⁶ (2012), S. 189: „Contract law concerns relationships among people for whom the transaction costs of private agreements are relatively low, whereas tort law concerns relationships among people for whom transaction costs are relatively high.“ Siehe auch *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 302–308. Aus rechtsdogmatischer Sicht *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 85: „Im Extremfall vermögen abdingbare Normen, eine faktisch zwingende Wirkung zu entfalten.“

tion einer konkreten zwingenden Privatrechtsnorm zukommt. Im Folgenden soll die oben allgemein vorgenommene Abgrenzung der Regulierungsfunktion von anderen Rechtsfunktionen für den Bereich des Privatrechts anhand einer Analyse unterschiedlicher Normarten konkretisiert werden. Erst danach ist es möglich, den Bogen zur Privatautonomie zurückzuschlagen und zu untersuchen, inwieweit Besonderheiten beim zwingenden Vertragsrecht gelten.

b. Regulierung und die Normarten des zwingenden Privatrechts

In dieser Studie wird Regulierung als eine Funktion des Rechts neben anderen eingeordnet. Die Regulierungsfunktion bezeichnet dabei den Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsentention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.³⁴⁵ Um den Zusammenhang zwischen Regulierung und Privatrecht zu konkretisieren, bietet es sich an, die verschiedenen Rechtsfunktionen³⁴⁶ auf die unterschiedlichen Arten privatrechtlicher Normen zu beziehen, wobei es allerdings nicht um eine Gleichsetzung gehen soll. Rechtstheoretisch lassen sich auf Grundlage der „Imperativentheorie“³⁴⁷ für das Privatrecht Anspruchsgrundlagen, Hilfsnormen (Definitionen, Verweisungen, Fiktionen, Vermutungen) und einschränkende Rechtsnormen (Einwendungen) unterscheiden.³⁴⁸ Das zwingende Privatrecht enthält Anwendungsfälle aller dieser Normarten. Allerdings verfolgt der Gesetzgeber mit der zwingenden Ausgestaltung sehr unterschiedliche Regelungsanliegen, je nachdem, ob es sich etwa um eine unabdingbare Anspruchsgrundlage (z. B. §§ 1601, 1602 i. V. m. § 1614 BGB) oder eine zwingende gesetzliche Verweisung (z. B. § 90a S. 3 BGB) handelt.

Nicht abdingbare oder modifizierbare privatrechtliche *Anspruchsgrundlagen* weisen rechtstechnisch eine große Nähe zur staatlich-hoheitlichen „command-and-control“-Regulierung auf. Dem Anspruchsverpflichteten wird eine Leistungspflicht auferlegt, die der Gesetzgeber als unerlässliche Konsequenz der

³⁴⁵ Siehe oben S. 50.

³⁴⁶ Im Rahmen dieser Studie wird die Untersuchung beschränkt auf Regulierung, Infrastruktur, Interessenausgleich, Organisation und Begrenzung; siehe oben S. 55 ff.

³⁴⁷ Zu dieser siehe statt aller K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*³ (2008), S. 230–236. Grundlegend Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 330–332. Nach der Imperativentheorie enthält jeder Rechtssatz entweder ein Gebot oder Verbot; dieser Ausgangspunkt erlaubt es, Normen abzugrenzen und solche, die lediglich Teilelemente eines vollständigen Rechtssatzes enthalten (unvollständige Rechtssätze), zu identifizieren und zu klassifizieren. Kritisch zur Imperativentheorie Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 74–78, die allerdings ebenfalls eine Unterteilung in vollständige und unvollständige Rechtssätze vornehmen.

³⁴⁸ Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie*⁸ (2015), S. 84–88; ähnlich K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*³ (2008), S. 231. Anders Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 79–82, die erläuternde (umschreibende und ausfüllende), einschränkende und verweisende unvollständige Rechtssätze unterscheiden.

Tatbestandsverwirklichung ansieht.³⁴⁹ Der darin liegende Eingriff in die Grundrechte des Verpflichteten lässt sich häufig nur rechtfertigen,³⁵⁰ wenn entweder an der Erbringung der Leistung oder der Nichtverwirklichung des Tatbestands – im Falle einer präventiven Verhaltenssteuerung, etwa durch Deliktsrecht³⁵¹ – wegen der damit verbundenen verhaltenssteuernden Wirkung ein öffentliches Interesse besteht. Ganz ähnlich ist die Situation, wenn der Gesetzgeber eine (rechtsvernichtende oder rechtshemmende) *Einwendung* bzw. ein *Gestaltungsrecht* als unabdingbar ausgestaltet. Mit Regelungen wie § 312k Abs. 1 S. 1, § 475 Abs. 1 S. 1, § 489 Abs. 4 S. 1 und § 536 Abs. 4 BGB zeigt der Gesetzgeber, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, dass eine Leistung bei Vorliegen der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen auch tatsächlich verweigert werden kann. Erschöpft sich dieses öffentliche Interesse nicht darin, im Rahmen des Interessenausgleichs eine Partei vor Übervorteilung zu schützen, handelt es sich um Regulierung.³⁵²

Bei zwingenden Anspruchsgrundlagen oder zwingenden Einwendungen handelt es sich häufig um regulatorische Normen. Hielte der Gesetzgeber es lediglich für zweckmäßig, dass einer Partei ein bestimmter Anspruch zusteht bzw. sie die Geltendmachung eines Anspruchs ausschließen kann, genügte auch eine interessenausgleichende dispositive Norm. Indem er eine Anspruchsgrundlage/Einwendung aber als zwingend ausgestaltet, offenbart der Gesetzgeber, dass er eine derartige Regelung für eine unentbehrliche Voraussetzung des betreffenden Rechtsverhältnisses hält und zugleich davon ausgeht, dass zumindest in einigen Fällen eine Abbedingung vorgenommen würde. Ob es sich um Regulierung oder einen zwingend ausgestalteten Interessenausgleich handelt, hängt davon ab, ob sich das Ziel des Gesetzgebers im Schutz der Partei erschöpft oder ob er diesen lediglich als Mittel zur Verfolgung eines weiterreichenden Steuerungsziels im öffentlichen Interesse einsetzt.

Weniger eindeutig ist die Klassifizierung zwingend ausgestalteter Hilfsnormen. Gesetzliche *Definitionen* und gesetzliche *Fiktionen* sind zumeist Ausdruck eines standardisierten Interessenausgleichs. Im Falle der Verwandtschaft gemäß § 1589 BGB liegt etwa eine solche Funktion nahe, deren zwingende Ausgestaltung darauf beruht, dass es um die Begründung eines Statusverhältnisses und

³⁴⁹ A. A. Bucher, in: FS Deschenaux (1977), S. 249, 251 unter Verweis auf die erforderliche Privatinitiative zur Rechtsdurchsetzung. Zur Bedeutung der Privatinitiative ausführlich unten S. 560 ff.

³⁵⁰ Dazu ausführlich unten S. 288 ff.

³⁵¹ Das Deliktsrecht ist zwar grundsätzlich privatautonom modifizierbar, äußere Grenzen setzt aber etwa § 276 Abs. 3 BGB; zudem ist das Deliktsrecht in vielen Situationen faktisch zwingend, siehe oben S. 74.

³⁵² Rechtstechnisch kann ein solches öffentliches Interesse (als Regelungsziel) auch über den Schutz einer Partei (als Mittel) erreicht werden. So kann etwa mit § 536 Abs. 4 BGB das Regulierungsziel verfolgt werden, tatsächlich *nutzbaren* Wohnraum zur Verfügung zu stellen, oder die Förderung der Entschließungsfreiheit des Verbrauchers kann nicht als (interessenausgleichender) Selbstzweck, sondern als *Mittel* zur Verstärkung des Wettbewerbs eingesetzt werden (vgl. z. B. § 312k Abs. 1 S. 1 BGB).

damit zugleich um öffentliche Interessen³⁵³ geht. Auch die (zumindest faktisch zwingende) gesetzliche Fiktion des § 2073 BGB, derzufolge mangels eindeutiger Ermittlung eines mehrdeutig bezeichneten testamentarisch Bedachten alle Prätendenten als zu gleichen Teilen bedacht gelten, stellt einen Interessenausgleich dar. Das Regelungsziel des Gesetzgebers erschöpft sich in diesem Fall darin, den – unter den beteiligten Interessen als allein wesentlich angesehenen – Willen des Erblassers so gut wie möglich zur Geltung zu bringen.³⁵⁴ Ähnliches gilt für einen *Formzwang* wie § 2247 BGB (eigenhändiges Testament), mit welchem der Gesetzgeber im Interesse des Erblassers an einer unverfälschten Wiedergabe seines Willens³⁵⁵ einen Standard festlegt, der ohne gesetzliche Regelung alleine aufgrund privatautonomer Vereinbarung nicht in gleich verlässlicher Weise definiert werden könnte. Auch gesetzliche Formzwänge, die die Parteien vor dem Abschluss potentiell gefährlicher Verträge „warnen“ sollen,³⁵⁶ dienen typischerweise dem Interessenausgleich, indem sie sicherstellen sollen, dass die Voraussetzungen privatautonomer Selbstbestimmung vorliegen.

Allerdings stellen Definitionen und Fiktionen (ebenso wie gesetzliche *Verweisungen*) häufig unselbstständige Teile einer Anspruchsgrundlage oder Einwendung dar. Verfolgen Letztere einen Regulierungszweck, so bildet die Definition/Fiktion/Verweisung häufig einen wichtigen Bestandteil der Regulierung. Dies gilt etwa für die Definition der „energetischen Sanierung“ in § 555b Nr. 1 BGB, da diese erst den Grund des Minderungsausschlusses gemäß § 536 Abs. 1a BGB (und damit dessen regulatorische Bedeutung) bestimmt.

Außerdem können gesetzliche Fiktionen im Einzelfall selbst regulatorischen Charakter haben; ein Beispiel dafür ist § 10 AÜG, demzufolge ein Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeiternehmer und Entleiher fingiert wird, wenn der Verleiher über keine gesetzliche Erlaubnis verfügt. Die Regelung dient der Prävention von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen und setzt dazu einen starken Anreiz für den Entleiher, die gesetzliche Zulassung des Verleihers zu überprüfen.³⁵⁷

Gesetzliche *Vermutungen* schließlich stellen regelmäßig Beweiserleichterungen zugunsten einer Partei dar. Sie sind zwar grundsätzlich widerlegbar (§ 292 S. 1 ZPO; eine Ausnahme stellt z.B. § 1566 BGB dar) und damit scheinbar nicht zwingend; allerdings können die Parteien regelmäßig (aus rechtlichen oder aus tatsächlichen Gründen) nicht vereinbaren, dass die Vermutungsregelung selbst keine Anwendung finden soll. Deshalb werden die gesetzlichen Vermutungen hier zum zwingenden Privatrecht gezählt. Indem der Gesetzgeber der (vermeint-

³⁵³ Die zwingende Festlegung der Verwandtschaftsverhältnisse ermöglicht etwa die eindeutige Zuordnung potentieller familienrechtlicher Unterhaltspflichten, welche die öffentlichen Sozialkassen entlasten.

³⁵⁴ Vgl. *Leipold*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 2073 Rn. 1.

³⁵⁵ Siehe nur *Hagen*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 2247 Rn. 1.

³⁵⁶ Siehe statt aller *Kanzleiter*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 311b Rn. 1 (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB als Übereilungsschutz und Warnung).

³⁵⁷ Vgl. *Wank*, in: Erfurter Komm. z. ArbR¹⁵ (2015), § 10 AÜG Rn. 1.

lichen) Beweisnot einer Partei mittels einer Vermutung abhilft, betont er das Interesse an der effektiven Geltendmachung der zugrunde liegenden Anspruchsgrundlage oder Einwendung. In einigen Fällen mag dies Ausdruck einer Standardisierung des hypothetischen Parteiwillens (also eines Interessenausgleichs) sein, etwa wenn eine Vermutung für den „typischen“ Fall oder für die Richtigkeit eines offiziellen Dokuments/Registers besteht, so dass es keines Nachweises im Einzelfall bedarf (so z. B. bei § 742, § 891, § 1006, § 1377 und § 2365 BGB). Auf der Grenze zwischen Interessenausgleich und Regulierung liegen die Fälle, in denen aufgrund der typischen Umstände eine Beweisnot des Beweisbelasteten zu befürchten ist, während die Gegenpartei geringere Probleme hat, sich zu entlasten (z. B. bei § 630h Abs. 3 BGB). In Fällen, in denen die Durchsetzung der zugrunde liegenden Anspruchsgrundlage/Einwendung zugleich eine Steuerungswirkung entfalten soll, weist schließlich auch die gesetzliche Vermutung regelmäßig regulatorischen Charakter auf (so z. B. bei § 476, § 630h BGB).

c. Zwingendes Vertragsrecht

In der Diskussion um zwingendes Privatrecht nimmt das Vertragsrecht³⁵⁸ eine Sonderstellung ein. Diese hängt eng mit den oben diskutierten zwei Bedeutungsinhalten der Privatautonomie zusammen.³⁵⁹

aa. Zwingendes Vertragsrecht – ein Sonderfall?

Vor dem Hintergrund der Privatautonomie als Freiheitsgrundrecht wird einerseits geltend gemacht, dass zwingende Vorgaben für den Inhalt von Verträgen oder die Wahl des Vertragspartners grundsätzlich unzulässig, jedenfalls aber ein begründungsbedürftiger Ausnahmefall seien.³⁶⁰ Andererseits wird im Kontext der Diskussion um Privatautonomie als Selbstbestimmung versucht, zulässige Zwecke zwingenden Vertragsrechts zu identifizieren. Regelungen über die Geschäftsfähigkeit, das Anfechtungsrecht der §§ 119 ff. BGB³⁶¹ oder die Verbote gesetzes- und sittenwidriger Verträge in §§ 134, 138 BGB erscheinen unter diesem Blickwinkel als systemimmanente Beschränkungen,³⁶² weil sie dazu dienen, die

³⁵⁸ Zum Begriff des zwingenden Vertragsrechts siehe *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 19: Begrenzungen der Abschlussfreiheit (Kontrahierungszwang); Formzwänge; Begrenzungen der Inhaltsfreiheit; Voraussetzungen einer gültigen Willenserklärung.

³⁵⁹ Siehe oben S. 66 ff. und S. 68 ff.

³⁶⁰ *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 38 f.; *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 256; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 51; *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 214–218; *Reppen*, in: *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 76–92.

³⁶¹ Die Regelungen über das Anfechtungsrecht sind nicht sämtlich zwingendes Recht; siehe bereits oben S. 60, Fn. 272. Allerdings bedarf es einer Abbedingung, die sich ihrerseits an den §§ 119 ff. BGB messen lassen muss.

³⁶² Die §§ 134, 138 BGB gehen allerdings bereits teilweise darüber hinaus, indem sie auch verhindern, dass Verträge geschlossen werden, welche in die Interessen vertragsfremder Dritter

Voraussetzungen freier Willensausübung als Bedingung privatautonomer Gestaltung von Rechtsverhältnissen zu gewährleisten.³⁶³ Solche Begrenzungen der Privatautonomie gelten als mit dem „liberalen Grundmodell“ des historischen BGB-Gesetzgebers vereinbar;³⁶⁴ zur Begründung wird ausgeführt, ein Rechtsgeschäft könne nicht die Bedingungen seiner eigenen Wirksamkeit schaffen.³⁶⁵

Diese Rechtfertigung versagt dagegen für die seit Mitte des 20. Jahrhunderts zu verzeichnende „gewaltige Zunahme zwingender Vorschriften im allgemeinen und besonderen Schuldrecht“.³⁶⁶ Ausgehend von der Annahme, dass durch einen Vertrag regelmäßig nur die Interessen der Vertragsparteien selbst berührt seien,³⁶⁷ erscheinen Regelungen, die mehr als einen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten gewährleisten, als Durchbrechung des Systems.

Allerdings wird allgemein anerkannt, dass das BGB von Anfang an zwingende Regeln für den Inhalt von Verträgen enthielt, deren Bedeutung sich nicht im Schutz der beteiligten Vertragsparteien erschöpft.³⁶⁸ Bereits *Eugen Ehrlich* unterschied solche zwingenden „Gesetzeswirkungen“, welche dem Schutz der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien dienen, von solchen, die „das Interesse des Staats oder der Allgemeinheit wahren“.³⁶⁹ Die Proponenten des klassisch-li-

oder der Allgemeinheit eingreifen; siehe den ausführlichen Überblick bei *Sack / Fischinger*, in: Staudinger (2011), § 138 Rn. 419–472. Siehe auch sogleich im Haupttext.

³⁶³ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280 f., 286 f.; *Honsell*, ZfPW 2015, 1, 2; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 99. Weitere Beispiele bei *Wolf / Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 18: § 311b Abs. 2, § 343, § 544, § 566, § 1229 BGB.

³⁶⁴ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280; *Grigoleit*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 1822, 1825; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 40 f.; siehe auch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), S. 12–14; *Kennedy*, in: Trubek / Santos (Hrsg.), The New Law and Economic Development (2006), S. 19, 25–37 (zum „classical legal thought“). Zur Funktionsweise dieses Regulierungsmodells siehe *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung (2007), S. 38: „Dem Gesamtkonzept privatrechtlicher Regulierung läßt sich demnach entnehmen, daß die Ausübung privatautonomer Gestaltungsmacht innerhalb privatrechtlicher Rechtsbeziehungen im Regelfall nur durch äußere, dem offensichtlichen Rechtsmißbrauch vorbeugenden Schranken reguliert wird und daß nur in Ausnahmefällen weitergehende, auf optimalen Ausgleich widerstrebender Interessen zielende Verhaltenskontrolle praktiziert wird.“

³⁶⁵ So bereits *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 24. Dies trifft allerdings auch nur teilweise zu; siehe *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760 ff.

³⁶⁶ *Schön*, in: FS *Canaris* (2007), Bd. I, S. 1191, 1192.

³⁶⁷ Beispielhaft *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 52, der das Vertragsrecht mit dem Sachenrecht, dem ehelichen Güterrecht sowie dem Vereins- und Gesellschaftsrecht kontrastiert, bei denen zugleich die Interessen Dritter berührt seien.

³⁶⁸ Vgl. statt vieler *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 71; *Dilcher*, NJW 1960, 1040; *Fröhlich*, Vom Zwingenden und Nichtzwingenden Privatrecht (1922), S. 76; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992), S. 20; *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 51–57; *Wolf / Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 17.

³⁶⁹ *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 65. Vgl. auch schon *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 57, wo es zur Rechtfertigung zwingenden Vertragsrechts heißt: „Der Grund

beralen Systems versuchen aber, diese Regelungen als Bestandteile des Systems („Außenschränken der Vertragsfreiheit“³⁷⁰) auszuweisen, etwa indem behauptet wird, bei der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB handele es sich (lediglich) um eine „*immanente Grenze der Vertragsfreiheit*, die sich daraus ergibt, daß die Rechtsordnung nichts sanktionieren kann, was gegen ihre eigenen Grundsätze verstößt“.³⁷¹ Soweit Gemeinwohlinteressen als Rechtfertigung zwingenden Vertragsrechts diskutiert werden, beschränken sich die Beispiele zumeist auf (privat-)rechtliche Systemelemente wie „die Gewährleistung von Verkehrssicherheit und Rechtsklarheit“ oder auf Schutzgüter, die dem Einzelnen und der Allgemeinheit in gleichem Maße zugutekommen, wie z. B. der Arbeitsschutz.³⁷² Selbst *Gerhard Wagner*, der für die Idee von Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht grundsätzlich aufgeschlossen ist,³⁷³ steht dem zwingenden Vertragsrecht kritisch gegenüber und argumentiert, dass dieses für bestimmte Regelungszwecke – insbesondere Umverteilung – nicht geeignet sei,³⁷⁴ der Gesetzgeber, der zwingende Vertragsinhalte vorgibt, an der „Hybris“ leide, „die Wahrheit erkannt zu haben und das Richtige zu tun“,³⁷⁵ und zudem der Schutz der Vertragsparteien vor inhaltlichen Übervorteilungen kein zwingendes Vertragsrecht erfordere, sondern der AGB-Kontrolle überlassen werden könne.³⁷⁶

Es wird der Eindruck erweckt, dass es sich beim Schuldvertragsrecht um ein politikfernes Rechtsgebiet handele, welches vorrangig der Verwirklichung privatautonomer Entscheidungen diene und staatlichen Interventionen mit dem Ziel der Verhaltenssteuerung grundsätzlich unzugänglich sei.³⁷⁷ Unklar bleibt allerdings bei den meisten Stellungnahmen, ob derartige Beschränkungen des Regelungszwecks lediglich rechtspolitisch für wünschenswert oder aufgrund (verfassungsrechtlicher³⁷⁸) Vorgaben der Rechtsordnung für zwingend gehalten werden.

dieser Nothwendigkeit, kann liegen in der Natur des Rechtsorganismus selbst, so wie er sich in diesem positiven Recht darstellt: *oder in politischen und staatswirtschaftlichen Zwecken*: oder auch unmittelbar in sittlichen Rücksichten“. (Hervorhebung hinzugefügt).

³⁷⁰ *Busche*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), Vor § 145 Rn. 25; ähnlich *Säcker*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), Einleitung Rn. 34 („Grenznormen“).

³⁷¹ *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 53 (Hervorhebung im Original).

³⁷² *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 17.

³⁷³ Vgl. nur *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.

³⁷⁴ *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 277; kritisch auch *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 129 f.

³⁷⁵ *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 42.

³⁷⁶ *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 46.

³⁷⁷ Siehe bereits die Diskussion von Privatautonomie als Selbstbestimmung oben S. 68 ff.

³⁷⁸ In diesem Sinne wohl *Repgen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 81; *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 261 (jeweils zur angeblichen Verfassungswidrigkeit des AGG).

In der Sache überzeugen beide Spielarten der Kritik nicht; das Vertragsrecht ist kein Sonderfall innerhalb des zwingenden Privatrechts. Zunächst existiert keine verfassungsrechtliche Grundlage, um den Erlass zwingenden Vertragsrechts, das über den Schutz der unmittelbar betroffenen Parteien hinausreicht, grundsätzlich für unzulässig anzusehen.³⁷⁹ Für die weitere Diskussion kann deshalb unterstellt werden, dass die genannten Einwände gegen Regulierung mittels zwingenden Vertragsrechts sachlich als rechtspolitische oder rechtstheoretische Vorstellungen von der Aufgabe bzw. Stellung des Vertragsrechts innerhalb der Gesamt(-zivil-) rechtsordnung einzuordnen sind. Die Frage, ob Regulierung mittels zwingenden Vertragsrechts *rechtspolitisch* wünschenswert ist, kann dabei ebenfalls ausgeklammert werden, weil es hier lediglich darum geht zu klären, ob bzw. inwiefern zwingendes Vertragsrecht als Ausdruck der Regulierungsfunktion des Rechts verstanden werden kann. Im Ergebnis besteht daran kein Zweifel, wie im Folgenden zu zeigen ist.

bb. Regulierungsfunktion zwingenden Vertragsrechts

Die Frage, ob einer Norm des zwingenden Vertragsrechts regulatorischer Charakter zukommt, hängt nicht davon ab, zu wessen Gunsten sie wirkt, sondern welches Ziel der Normgeber damit verfolgt. Regelungen des Mieter- oder Arbeitnehmerschutzes sind durchaus Ausdruck *politischer* Wertungen.³⁸⁰ Eine Regulierungsfunktion kommt ihnen aber nur dann zu, wenn der Gesetzgeber damit mehr bezweckt, als den Interessenausgleich zwischen den beteiligten Parteien (zugunsten einer Seite) neu zu justieren. Für die Abgrenzung von interessenausgleichendem und regulierendem Recht in Zweipersonenverhältnissen gilt: Ist der Schutz einer Partei nicht nur das Mittel, sondern auch der *Zweck* der Regelung, handelt es sich um eine Ausprägung der Interessenausgleichsfunktion. Setzt der Gesetzgeber dagegen den Schutz einer Partei lediglich als *Mittel* zur Verfolgung eines darüber hinausgehenden Steuerungsziels im öffentlichen Interesse ein, liegt eine regulatorische Norm vor. Es ist daher festzuhalten, dass die Aussage, eine Regelung des zwingenden Vertragsrechts diene dem Schutz der schwächeren Vertragspartei, einen regulatorischen Zweck der Norm nicht notwendigerweise ausschließt.

Wie bereits oben ausgeführt, besteht ein Gegensatz zwischen Regulierung und Privatautonomie nur hinsichtlich von Vertragsklauseln, die als solche Aus-

³⁷⁹ So auch Wagner, AcP 206 (2006), 352, 432: „Eine Verfassungsrechtsnorm, die dem Gesetzgeber die Wahrnehmung von Steuerungszwecken mit Hilfe privatrechtlicher Instrumente verböte, existiert nicht. Es wäre absurd, behaupten zu wollen, ein Privatrechtsgesetzgeber müsse sich gegenüber den Folgen, die die getroffenen Regelungen für das Verhalten der Bürger haben, blind oder gleichgültig stellen.“ Eine andere Frage sind selbstverständlich die Grenzen vertragsrechtlicher Regulierung im Einzelfall; dazu ausführlich unten S. 288 ff.

³⁸⁰ Der Schutz von Mietern und Arbeitnehmern bildet das klassische Beispiel für die Wende zum Sozialen; siehe dazu nur Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), S. 21.

druck materiell privatautonomer Selbstbestimmung sind.³⁸¹ Gesetzesnormen, welche den Inhalt eines Schuldvertrags zwingend zugunsten einer Partei gestalten, gelten unabhängig vom Willen der Parteien und sind daher nicht Folge materieller Selbstbestimmung; sie verfolgen häufig einen Regulierungszweck. Bereits die Topoi der klassischen privatrechtlichen Diskussion – etwa die Betonung formaler Gesichtspunkte wie der „Verkehrssicherheit und Rechtsklarheit“³⁸², womit zugleich eine Zurücksetzung der Einzelfallgerechtigkeit verbunden ist – enthalten implizite politische Wertungen.³⁸³ Auch wenn die Balance von Einzelfallgerechtigkeit und Standardisierung eine typische politische Abwägungsentscheidung im Rahmen des Interessenausgleichs darstellt, ist der Weg zur Regulierung nicht weit. Bezweckt der Gesetzgeber etwa, die Verkehrsfähigkeit bestimmter Güter zu sichern, so handelt es sich bereits um ein öffentliches Interesse, welches jenseits der Interessen der beteiligten Parteien liegt, und damit um Regulierung. Das klassische Beispiel für den Einsatz zwingenden Vertragsrechts mit einem Steuerungsziel, das jenseits des Interessenausgleichs liegt und daher nach hiesiger Klassifizierung zur Regulierung zählt, ist aber das Verbot des Vertrags zulasten Dritter bzw. die Grenzen der Beeinträchtigung von Drittinteressen.³⁸⁴

Damit fügt sich die Regulierungsfunktion zwingenden Vertragsrechts nahtlos in das Gesamtkonzept der Regulierung mittels zwingenden Privatrechts ein.³⁸⁵ Das Vertragsrecht enthält sämtliche oben genannten Normarten (Anspruchsgrundlagen, Einwendungen und Hilfsnormen), welche regulatorische Zwecke verfolgen können. Der Umstand, dass an einem Vertragsverhältnis typischerweise nur zwei Personen beteiligt sind, bedeutet nicht, dass diesbezüglich keine Allgemeininteressen existieren könnten. Dies zeigt sich etwa anhand von § 536 Abs. 1a i. V. m. § 555b Nr. 1 BGB, wonach im Falle einer energetischen Modernisierung für drei Monate die Mietminderung ausgeschlossen ist, um dadurch im Gefolge der Energiewende „die Ziele der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes zur bestmöglichen Entfaltung [zu] bringen“.³⁸⁶ Besondere Bedeutung kommt den rechtshindernden Einwendungen der §§ 134, 138 BGB zu. Bereits 1983 vertrat *Canaris* die Auffassung, aus § 134 BGB lasse sich „eine Grundentscheidung zugunsten des grundsätzlichen Vorrangs staatlicher Wirtschaftsordnung und -lenkung gegenüber der Privatautonomie“ ableiten, das Privatrecht werde insoweit in den Dienst des Öffentlichen Rechts gestellt und unterstütze

³⁸¹ Siehe oben S. 70 f.

³⁸² Siehe erneut *Wolf/Neumer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 17; vgl. auch *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992), S. 166 f.

³⁸³ *Collins*, Regulating Contracts (1999), S. 58; grundlegend *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).

³⁸⁴ Siehe dazu nur *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen (1992), S. 26–33, 176–180 und passim.

³⁸⁵ Ohne weitere Diskussion von der Regulierungsfunktion des zwingenden Vertragsrechts ausgehend *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), S. 47 und passim.

³⁸⁶ RegE MietRÄndG, BT-Drucks. 17/10485, S. 13. Die Regelung ist allerdings nur halb-zwingend und kann theoretisch zugunsten des Mieters abbedungen werden.

dieses durch die Nichtigkeitsfolge einschließlich der darin liegenden Präventionswirkung.³⁸⁷ Bezüglich der verfolgten Regelungsziele hat *Fornasier* kürzlich die Unterscheidung zwischen marktkonstitutivem und marktkompensatorischem zwingendem Vertragsrecht herausgearbeitet.³⁸⁸ Das marktkonstitutive Recht solle die Funktionsbedingungen des Marktmechanismus gewährleisten, während marktkompensatorische Vorschriften dem Wirkungsbereich des Marktes aus rechtsethischen oder sozialstaatlichen Gründen Grenzen ziehen sollten.³⁸⁹ Beide Fallgruppen umfassen Fälle von Regulierung in der Terminologie dieser Studie.

Ob einer Vorschrift des zwingenden Vertragsrechts tatsächlich eine Regulierungsfunktion zukommt, ist wie stets eine Frage des Einzelfalles und ergibt sich aus dem Gesamtkontext der Regelung. Innerhalb des zwingenden Vertragsrechts existieren zudem unterschiedliche Modi.

cc. Zwingendes Vertragsrecht, halbzwingendes Vertragsrecht und AGB-Kontrolle

Betrachtet man die Regulierungsfunktion zwingenden Vertragsrechts im Detail, lassen sich mehrere Mechanismen unterscheiden. An erster Stelle steht das allseitig zwingende Vertragsrecht. Während ein Kontrahierungszwang stets nur eine Partei trifft, gelten die Regelungen über die Wirksamkeit von Willenserklärungen, die meisten Formzwänge sowie viele zwingende Inhaltsvorgaben für alle Beteiligten. Sofern derartige Vorschriften regulatorische Ziele verfolgen, geht es zumeist um den Schutz von Dritten (hier ist das Verbot des Vertrags zulasten Dritter das Paradebeispiel) oder von Allgemeininteressen (z. B. beim sittenwidrigen Unterhaltsverzicht zulasten der Sozialhilfe³⁹⁰).

Auf zweiter Stufe stehen solche Regelungen, welche nur für eine Partei zwingend sind, die Privatautonomie des anderen Vertragsschließenden aber nicht einschränken. Neben dem Kontrahierungszwang ist dabei an Fälle zu denken, in denen die Willenserklärung einer Partei schwebend unwirksam ist (z. B. § 108 Abs. 1 BGB), in denen ein Formzwang nur für die eine Seite besteht (z. B. § 518 Abs. 1, § 766 S. 1, §§ 780 S. 1, 781 S. 1 BGB) sowie in denen von inhaltlichen Vorgaben nur zugunsten einer Partei, nicht aber zu ihren Lasten abgewichen werden darf (z. B. § 312k Abs. 1 S. 1, § 536 Abs. 4 BGB). Der letzten Kategorie ähnlich sind solche inhaltlichen Vorgaben, auf die erst beim Auftreten eines konkreten Falles verzichtet werden kann (z. B. § 276 Abs. 3, § 475 Abs. 1 S. 1 BGB); dadurch wird sichergestellt, dass ex ante der zwingende Standard eingehalten werden muss, während ex post die Möglichkeit einer vergleichswisen Beilegung eröffnet

³⁸⁷ *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft (1983), S. 19.

³⁸⁸ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 65–144.

³⁸⁹ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 65.

³⁹⁰ Grundlegend BGHZ 86, 82, 86–88; vgl. BGH NJW 2007, 904, 906, wonach die Sittenwidrigkeit nicht dadurch entfällt, dass der Unterhaltsverzicht einer Inhaltskontrolle im Verhältnis der Ehegatten untereinander standhält.

wird. Halbzwingendes Vertragsrecht³⁹¹ dient dem Schutz der begünstigten Partei. Der Gesetzgeber garantiert einer bestimmten Gruppe (z. B. Arbeitnehmern, Mietern, Verbrauchern), die typischerweise nicht in der Lage ist, ihre Interessen innerhalb eines Verhandlungsprozesses adäquat zur Geltung zu bringen, einen bestimmten Mindeststandard. Bezweckt die Regelung darüber hinausreichende verhaltenssteuernde Effekte – etwa den Schutz vor Marktversagen im Falle verbraucherschützender Widerrufsrechte –, handelt es sich nicht mehr um einen reinen Interessenausgleich, sondern (auch) um Regulierung.

Einen Sonderfall halbzwingenden Rechts stellt die AGB-Kontrolle dar.³⁹² Die Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB listen Einzelregelungen auf, welche in einem gleichberechtigten Verhandlungsprozess zwar wirksam vereinbart werden könnten, deren einseitige Vorgabe durch eine Partei der Gesetzgeber aber als unangemessene Benachteiligung betrachtet. Dadurch soll nicht nur die individuell betroffene Partei geschützt werden, sondern auch ein Marktversagen verhindert werden; die AGB-Kontrolle ist daher (auch) ein regulatorisches Instrument.³⁹³

3. Dispositives Privatrecht und Regulierung

Das dispositive Privatrecht steht zwischen den Polen Privatautonomie (im Sinne materieller Selbstbestimmung) und zwingendes Privatrecht. Es ist zuvörderst Ausweis der Infrastrukturfunktion des Rechts: Dispositives Privatrecht ermöglicht es den Parteien, entweder ganz auf eine privatautonome Regelung zu verzichten (z. B. bei der gesetzlichen Erbfolge) oder sich beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts auf die Festlegung der *essentialia negotii* zu beschränken. Soweit sie keine Vereinbarung getroffen haben, stellt das dispositive Recht (sei es Gesetzesrecht oder Richterrecht) kostenlos eine Regelung zur Verfügung.³⁹⁴

Während zwingendes (Privat-)Recht häufig dem Bereich der Regulierung zuzurechnen ist und bei privatautonom bestimmten Pflichten eine staatliche Regulierung ausscheidet, stellt sich die Frage nach der Einordnung dispositiven Gesetzesrechts. Um diese Frage zu beantworten, soll zunächst der Rechtsnatur dispositiven Privatrechts nachgegangen werden. Sodann soll die Regulierungsfunktion des dispositiven Privatrechts herausgearbeitet und mit dem Modell des „hypothetischen Parteiwillens“ als Maßstab der Ausgestaltung dispositiven Rechts kontrastiert werden. Abschließend wird die Rolle des dispositiven Privatrechts als Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB untersucht.

³⁹¹ Zum Begriff siehe Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 19.

³⁹² Zum zwingenden Charakter des AGB-Rechts siehe BGHZ 200, 326, 335 f.

³⁹³ Ausführlich zur Einordnung der AGB-Kontrolle als regulatorisches Instrument unten S. 92 ff.

³⁹⁴ Vgl. Bachmann, Private Ordnung (2006), S. 52: dispositives Vertragsrecht als öffentliches Gut.

a. Rechtsnatur und Erscheinungsformen dispositiven Privatrechts

Um sich der Frage zu nähern, ob und inwieweit Gesetzgeber oder Gerichte mittels dispositiven Privatrechts regulieren können, erscheint es sinnvoll, sich kurz der Rechtsnatur und Wirkungsweise dieses Rechtsinstituts zu vergewissern.

Das dispositive Privatrecht (insbesondere das Vertragsrecht) ist seit längerem Gegenstand rechtstheoretischer und normtheoretischer Forschung.³⁹⁵ Dabei lassen sich zwei Grundpositionen unterscheiden, die sich als Konsequenz unterschiedlicher Blickwinkel ergeben: Beginnt man mit der dispositiven Gesetzesnorm, so erscheint es, als ob das Gesetz eine Vorgabe aufstellt und zugleich die Betroffenen ermächtigt, die Wirkung dieser Regelung aufzuheben oder einzuschränken und ggf. durch eine eigene Bestimmung zu ersetzen. Für diese Position steht stellvertretend *Oskar Bülow*, der das dispositive Recht als gesetzliche „Ermächtigung“ der Privaten versteht, eine Regelung zu treffen, deren alleiniger Geltungsgrund aber die ermächtigende Gesetzesnorm bleibe, so dass das „privat-autonom“ Bestimmte bereits unausgesprochen im Gesetz enthalten sei; soweit die Parteien keine Disposition vornehmen, gelte das (ergänzende) Gesetzesrecht.³⁹⁶ Nimmt man dagegen das aufgrund der Privatautonomie geltende Rechtsgeschäft zum Ausgangspunkt, so scheint das dispositive Recht nur deshalb und insoweit zur Anwendung zu gelangen, als die Beteiligten selbst keine ausdrückliche Bestimmung getroffen haben. Diese Auffassung manifestiert sich in der Aussage *Savignys*, dispositives Recht bestehe aus „Regeln, die man als Auslegung des unvollständig gebliebenen Willens betrachten kann“,³⁹⁷ so dass seine Geltung letztlich auf dem (typisierten) Parteiwillen beruhe.³⁹⁸

Die heute vorherrschende Auffassung stimmt im Ausgangspunkt mit der erstgenannten Ansicht überein, nimmt aber eine entscheidende Modifikation vor: Soweit die Parteien im Rahmen ihrer durch die Rechtsordnung gewährleisteten Privatautonomie disponiert haben, soll nicht das Gesetz, sondern der privatautonome Willensakt Geltungsgrund der Bestimmung sein; das ergänzend eingreifende dispositive Recht wird aber in Einklang mit *Bülow* als heteronome Normsetzung durch den Staat verstanden,³⁹⁹ welche selbst ihre Reichweite beschränkt, indem sie die Abbedingung zulässt.⁴⁰⁰ Als Konsequenz dieser Einordnung finden auf das dispositive Privatrecht nicht die Regelungen über die Auslegung von Wil-

³⁹⁵ Für einen aktuellen Überblick siehe nur *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 66–258.

³⁹⁶ *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 75–93.

³⁹⁷ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 58. Ähnlich *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I⁶ (1887), S. 263 f. mit Fn. 1 (dispositives Recht „spreche nur aus, was die Parteien selbst ausgesprochen haben würden, wenn sie gerade diesen Fall in den Bereich ihrer Festsetzung gezogen hätten“).

³⁹⁸ Besonders deutlich etwa bei *Laband*, AcP 73 (1888), 161, 164.

³⁹⁹ *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 214: „Auf der anderen Seite ist aber auch zu beachten, daß die Schaffung dispositiven Rechts heteronome Normsetzung durch den Staat und nicht autonome Regelung durch die Privatrechtssubjekte ist.“

⁴⁰⁰ In diesem Sinne etwa *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 223; *Kähler*, Begriff

lenserklärungen/Verträgen, sondern die canones zur Auslegung von Gesetzen Anwendung.⁴⁰¹

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass es sich beim dispositiven Recht um kraft Gesetzes eintretende Rechtsfolgen handelt, also um eine gesetzliche Regelung. Diese kann grundsätzlich alle oben genannten Normarten⁴⁰² umfassen. Insoweit besteht ein enger Zusammenhang zum zwingenden Privatrecht, und es ergibt sich kein Gegensatz zum hier entwickelten Konzept von Regulierung, wie dies bei der materiellen Selbstbestimmung der Fall ist.⁴⁰³ Der Unterschied zum zwingenden Recht, das besondere dispositive Moment, liegt darin, dass der/die Betroffene(n) kraft privatautonomen Rechtsakts den Eintritt der Rechtsfolge ausschließen oder diese inhaltlich modifizieren können.

Innerhalb des dispositiven Rechts kann man verschiedene Modi der Disposition unterscheiden: An erster Stelle stehen die abdingbaren Regelungen, also solche Vorschriften, die mangels einer abweichenden privatautonomen Bestimmung zum Einsatz kommen, wenn ein bestimmter Tatbestand (z. B. Erbfall) eintritt oder die Parteien ein Rechtsgeschäft vornehmen („Opt-Out-Regeln“).⁴⁰⁴ Von einigen dieser Vorschriften kann frei abgewichen werden, bei anderen ist die Abdingbarkeit sachlich oder zeitlich eingeschränkt.⁴⁰⁵ Ein Beispiel für Opt-Out-Regeln sind die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte gemäß § 437 BGB, welche mangels abweichender Vereinbarung für jeden Kaufvertrag gelten, aber grundsätzlich bis zur Grenze des § 444 BGB abdingbar sind.⁴⁰⁶ Diese grundsätzliche Abbedingungsfreiheit unterstellt § 475 Abs. 1 S. 1 BGB einer sachlichen und zeitlichen Grenze, indem er beim Verbrauchsgüterkauf solche Abweichungen für unwirksam erklärt, die zulasten des Verbrauchers gehen und vor Mitteilung des Mangels an den Unternehmer vereinbart wurden. Daneben gibt es „bedingbare“ Regelungen⁴⁰⁷, das sind solche Vorschriften, die nur dann zum Einsatz kommen, wenn die Parteien dies ausdrücklich vorsehen („Opt-In-Regeln“).⁴⁰⁸ Ein

und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 21; *Larenz / Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts⁹ (2004), S. 69; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 71.

⁴⁰¹ Ausführlich *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 430–433; siehe auch *Larenz / Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts⁹ (2004), S. 539; *Köhler*, BGB, Allgemeiner Teil³⁶ (2012), S. 128; *Wolf / Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 400; a. A. *Schmidt-Kessel*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2015), § 17 Rn. 28–35.

⁴⁰² Siehe oben S. 75.

⁴⁰³ Vgl. oben S. 70.

⁴⁰⁴ *Bachmann*, JZ 2008, 11, 14; sofern es sich um eine rechtsgeschäftliche Gestaltung handelt, liegt aber zugleich ein Opt-In vor, indem die Parteien die entsprechende rechtliche Gestaltung gewählt haben; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 72 f. Zum Unterschied zwischen ergänzenden Regelungen für Rechtsgeschäfte und sonstige Tatbestände siehe bereits *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 79–81.

⁴⁰⁵ Ausführlich zu den möglichen Einschränkungen der Abdingbarkeit *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 83–87.

⁴⁰⁶ Siehe statt aller *Westermann*, in: *MünchKomm. BGB*⁶ (2012), § 437 Rn. 5.

⁴⁰⁷ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 42–45.

⁴⁰⁸ *Bachmann*, JZ 2008, 11, 14; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 71 f. In jedem Opt-In

Beispiel ist das Vermächtnis, welches gemäß §§ 1939, 1941 Abs. 1 BGB nur zu Stande kommt, wenn der Erblasser entsprechend letztwillig verfügt.⁴⁰⁹ Schließlich gibt es Situationen, in denen die Parteien nicht einzelne Vorschriften, sondern nur komplette Normenkomplexe wählen können („Optionsmodelle“).⁴¹⁰ Ein Beispiel sind die ehelichen Güterstände, die den Eheleuten zwar eine gewisse Gestaltungsfreiheit belassen, aber es nicht erlauben, privatautonom einen neuen Güterstand zu kreieren.⁴¹¹

b. Dispositives Privatrecht als Regulierungsinstrument

Nach ganz überwiegender Ansicht ist das dispositive Privatrecht zwar gesetzliche Normsetzung, seine Aufgabe wird aber darin gesehen, niederzulegen, was die Parteien (tatsächlich oder zweckmäßigerweise) vereinbart hätten, wenn sie eine explizite Regelung der entsprechenden Frage vorgesehen hätten („hypothetischer Parteiwille“).⁴¹² Damit stellt das dispositive Privatrecht das wichtigste Instrument des standardisierten Interessenausgleichs dar.

Praktisches Anschauungsmaterial bietet die Schuldrechtsreform: So wurde die Kodifizierung des kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruchs damit begründet, dass ein solcher regelmäßig ohnehin vereinbart worden sei,⁴¹³ und die gesetzliche Vermutung des § 440 S. 2 BGB, derzufolge eine Nachbesserung nach dem erfolglosen zweiten Versuch als fehlgeschlagen gilt, soll laut Regierungsbegründung der „praktischen Erleichterung“ dienen.⁴¹⁴ Eine ähnliche Wirkung entfaltet

liegt aber auch zugleich die Abwahl des dispositiven privatrechtlichen Auffangregimes; Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 50.

⁴⁰⁹ Als „Vermächtnis“ werden nur Zuwendungen aufgrund letztwilliger Verfügungen bezeichnet; daneben sieht das Gesetz schuldrechtliche Ansprüche gegen den Erben vor, auf die die Vorschriften über Vermächtnisse entsprechend angewendet werden (vgl. §§ 1932 Abs. 2, 1969 Abs. 2 BGB) und die deshalb teilweise „gesetzliche Vermächtnisse“ genannt werden; Leipold, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 1939 Rn. 11.

⁴¹⁰ Vgl. Bachmann, JZ 2008, 11, 15; Ringe, AcP 213 (2013), 98, 105–127 („Menügesetzgebung“); die Diskussion über Optionsmodelle bezieht sich in letzter Zeit vor allem auf das vormals geplante optionale europäische Kaufrecht; siehe z. B. Ackermann, CMLR 50 (2013), 11 ff.; Eidenmüller, CMLR 50 (2013), 69 ff.

⁴¹¹ Zu den Gestaltungsgrenzen aufgrund des Grundsatzes der Typenbeschränkung siehe nur Kanzleiter, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 1408 Rn. 13.

⁴¹² Bucher, in: FS Deschenaux (1977), S. 249, 256; Cziupka, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 180–205; Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 65; Larenz, NJW 1963, 737, 738, 740; ders., Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 77; Möslin, Dispositives Recht (2011), S. 91–102; Unberath, Die Vertragsverletzung (2007), S. 156; krit. Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 110–119.

⁴¹³ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 220: „[Die bisherige] Rechtslage entspricht jedenfalls heute in vielen Fällen nicht mehr dem Rechtsempfinden der Kaufvertragsparteien. Bei Lieferung einer fehlerhaften Sache stehen im Rechtsbewusstsein des Käufers Nacherfüllungsansprüche im Vordergrund; er erwartet, dass die fehlerhafte Kaufsache repariert oder umgetauscht wird.“

⁴¹⁴ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 234.

die Auslegung dispositiven Privatrechts durch die Obergerichte. Wenn der BGH etwa entscheidet, bei Gebrauchtfahrzeugen gehöre es nicht zur üblichen Beschaffenheit i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, dass sich alle Fahrzeugteile noch im Originalzustand befinden,⁴¹⁵ stellt er damit einen Fixpunkt auf, den zukünftig Vertragsschließende zugrunde legen und von dem sie ggf. durch eine Beschaffensvereinbarung (§ 434 Abs. 1 S. 1 BGB) abweichen können. Vor diesem Hintergrund wird dispositives Privatrecht häufig nicht als Ausdruck von Regulierung, sondern als Interessenausgleich eingeordnet.⁴¹⁶

Der Umstand, dass dispositives Privatrecht zweifellos in wesentlicher Hinsicht dem Interessenausgleich dient, schließt allerdings keineswegs aus, dass es auch zu Regulierungszwecken eingesetzt werden kann. Der entscheidende Ansatzpunkt für die Regulierungsfunktion dispositiven Rechts ist die Beharrungskraft der gesetzlich vorgegebenen Standardlösung („default rule“).⁴¹⁷ Empirische Studien zeigen, dass die Parteien trotz theoretischer Dispositionsmöglichkeit häufig die default rule auch in solchen Fällen beibehalten, in denen dies ihren eigenen Interessen zuwiderzulaufen scheint,⁴¹⁸ so etwa nach einer Gesetzesreform, welche die bisher stets akzeptierte default rule wesentlich verändert. Für diesen Effekt werden eine Vielzahl an Erklärungen diskutiert;⁴¹⁹ wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang die allgemeine Feststellung, dass dispositives Recht nicht „trivial“ ist, in dem Sinne, dass es von den Parteien stets durch abweichende Regelungen ersetzt würde, sobald ein Widerspruch der default rule zu ihren Interessen möglich erscheint.⁴²⁰

Die empirischen Erkenntnisse lenken den Blick aber auch auf einen weiteren wichtigen Umstand: Menschen treffen unterschiedliche Entscheidungen, je nachdem, auf welche Weise ihnen die Entscheidungsalternative präsentiert wird. Vor diesem Hintergrund haben die amerikanischen Rechtsökonom *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* eine Theorie über rechtliche „choice architecture“

⁴¹⁵ BGHZ 181, 170, 175–177.

⁴¹⁶ Siehe *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 187 f., 227 („Standardisierung“).

⁴¹⁷ Diese bildet zudem in Verhandlungen eine Rückfalllösung, die aktiv abbedungen werden muss; vgl. *Cooter / Marks / Mnookin*, 11 J. Leg. Stud. 225 (1982) („bargaining in the shadow of the law“).

⁴¹⁸ Überblick über die Studien bei *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), S. 225 f.; *Kähler*, in: *Cottier / Estermann / Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht? (2010), S. 431, 434–437.

⁴¹⁹ Umfassender Überblick zu möglichen Erklärungen des Dispositionsverhaltens bei *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 267–321; siehe auch *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), S. 227–237; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 318–328; *Kähler*, in: *Cottier / Estermann / Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht? (2010), S. 431, 437–445; *Ringe*, AcP 213 (2013), 98, 118–121.

⁴²⁰ *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 353–356. *Bucher*, in: FS Deschenaux (1977), S. 249, 259, 267 f. vertritt die Auffassung, dass die Anforderungen an eine Abbedingung niedriger sein sollten, wenn der Gesetzgeber lediglich den vermuteten Parteiwillen wiedergeben wollte, dagegen höher, wenn die dispositive Norm Ausdruck einer materiellen Wertung des Gesetzgebers ist.

entwickelt.⁴²¹ Sie zeigen, dass es für die Durchsetzungskraft einer Regelung des dispositiven Rechts einen Unterschied macht, ob es sich um eine Opt-Out-Regel handelt, welche stets eingreift, sofern sich die Parteien nicht bewusst dagegen entscheiden, oder um eine Opt-In-Regel, deren Wirksamkeit einer aktiven Inkraftsetzung durch die Parteien bedarf.⁴²²

Damit wird der Dispositionsmodus selbst zu einem Regulierungsinstrument.⁴²³ Auf die Spitze treiben dies die insbesondere in den USA diskutierten „penalty default rules“. Das sind dispositive Regeln, mit denen der Gesetzgeber bewusst eine Partei bevorzugt, um ihren Vertragspartner durch den Wunsch nach Abbedingung zur Offenlegung bestimmter Informationen zu bewegen.⁴²⁴ Sieht etwa das dispositive Recht vor, dass der Frachtführer bei Beschädigung der Fracht nur eine niedrige Pauschalentschädigung zu leisten hat (vgl. Art. 23 Abs. 3, 24 CMR), gibt dies dem Absender einen Anreiz, offenzulegen, dass er eine besonders wertvolle Sache versendet, indem er darauf drängt, eine höhere Haftungssumme zu vereinbaren. Auf diese Art und Weise erfährt der Frachtführer vom hohen Wert der Fracht, so dass er besondere Vorkehrungen treffen und sich gegebenenfalls speziell versichern kann. Ohne eine solche Regel (und ohne eine Vorschrift wie § 254 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB) hätte der Frachtführer dagegen von Zeit zu Zeit besonders hohe Schäden zu ersetzen, ohne dies vorher erkennen zu können, so dass er das erhöhte Haftungsrisiko durch allgemeine Preiszuschläge auf die Gesamtheit seiner Kunden umlegen müsste.⁴²⁵

Während also dispositives Recht trotz oder gerade auch wegen seiner Abdingbarkeit grundsätzlich als Regulierungsinstrument geeignet ist, hängt die Regulierungsfunktion im Einzelfall am Inhalt der dispositiven Normen.

Möchte der Gesetzgeber mit einer Regelung des dispositiven Privatrechts den „hypothetischen Parteiwillen“ abbilden,⁴²⁶ handelt es sich um einen standardi-

⁴²¹ Thaler/Sunstein, Nudge (2008), S. 81–100 und passim. Zum zugrunde liegenden Konzept eines „Libertarian Paternalismus“ siehe *dies.*, 93 AER 175 (2003).

⁴²² Thaler/Sunstein, Nudge (2008), S. 83–87. Baldwin, MLR 77 (2014), 831, 835–837 unterscheidet drei Levels an „Nudges“, die verschieden tief in die Entscheidungsautonomie eingreifen.

⁴²³ Sunstein, 162 U. Pa. L. Rev. 1 (2013) unterscheidet allgemeine default rules, personalisierte default rules und Situationen, in denen eine aktive Entscheidung erforderlich ist.

⁴²⁴ Grundlegend Ayres/Gertner, 99 Yale L. J. 87 (1989); *dies.*, 101 Yale L. J. 729 (1992); zur Rezeption in Deutschland siehe Ackermann, Der Schutz des negativen Interesses (2007), S. 209; Cziupka, Dispositives Vertragsrecht (2010), S. 430–486; Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 693–695; Kähler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 149–155; Möslin, Dispositives Recht (2011), S. 324; Unberath/Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 63–69.

⁴²⁵ Verfehlt ist daher die Kritik von Jesser-Huß, in: MünchKomm. HGB³ (2014), Art. 23 CMR Rn. 17, die ausschließlich die Auswirkungen auf den Frachtführer betrachtet und beklagt, dass die Haftungsbegrenzung die präventive Wirkung der Haftung infrage stelle. Verkürzend auch BGHZ 79, 302, 304 (Art. 23 Abs. 3 CMR diene „in erster Linie dem Schutz des Frachtführers vor wirtschaftlich unzumutbarer Inanspruchnahme“).

⁴²⁶ Der konkrete Willen der Vertragsschließenden ist hingegen nicht Gegenstand des dispositiven Gesetzesrechts, sondern muss durch Auslegung ermittelt werden; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts⁹ (2004), S. 539. Schwieriger zu bestimmen ist das Verhältnis

sierten Interessenausgleich. Nach traditioneller Auffassung soll sich die dispositive Regelung daran orientieren, „was verständige und redlich denkende Vertragspartner vermutlich vereinbart hätten“.⁴²⁷ Darin sei zugleich eine Konkretisierung der Gedanken der *iustitia commutativa* und des objektiven Äquivalenzprinzips zu sehen.⁴²⁸ Nach diesem Ansatz besteht das Ziel darin, dass die Regeln des dispositiven Rechts dem Vertragspartner „lediglich das zu[sprechen], was ihm nach dem Vertrag ‚eigentlich‘ ohnehin gebührt oder was er doch zumindest vernünftiger- und redlicherweise erwarten darf“.⁴²⁹ Damit ist das Ideal eines unpolitischen Privatrechts beschrieben, das sich darauf beschränkt, im Sinne der ausgleichenden Gerechtigkeit die gegenläufigen Parteiinteressen miteinander zu versöhnen. Regelungen des dispositiven Privatrechts, die diesem Ideal entsprechen, können nicht zugleich eine Regulierungsfunktion erfüllen, sondern sind vielmehr Ausdruck der Interessenausgleichsfunktion in ihrer Reinform.

Teilweise wird allerdings bezweifelt, dass es für den Gesetzgeber oder Richter ohne empirisch-soziologische Vorarbeiten überhaupt möglich sei, den hypothetischen Willen des durchschnittlichen oder typischen Vertragsschließenden zu ergründen.⁴³⁰ Fehlt eine solche Informationsbasis, sei es nicht denkbar, einen hypothetischen Parteiwillen als Leitlinie der Gesetzgebung zu bestimmen, ohne eigene (politische) Wertungsentscheidungen zu treffen.⁴³¹ Dies konzedieren allerdings auch die Vertreter der klassischen Ansicht, wenn sie einräumen, dass es zur Ableitung des Regelungsinhalts dispositiven Rechts aus dem Gedanken der *iustitia commutativa* der „Hinzunahme von zusätzlichen Wertungsgesichtspunkten mit eigenem Sachgehalt“ bedürfe.⁴³²

Ein Beispiel ist die Haftung für Rechtsmängel. Vor der Schuldrechtsreform traf den Verkäufer nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Garantiehafung für die Freiheit von Rechtsmängeln;⁴³³ anders gewendet ging der BGH also davon aus, dass verständige und redlich denkende Vertragspartner eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht vereinbart haben würden. Dieser Rechtsprechung hat der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform jedoch mit der

von ergänzender Vertragsauslegung und dispositivem Recht; dazu *Larenz*, NJW 1963, 737 ff.; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 83 f.

⁴²⁷ Stellvertretend *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I¹⁴ (1987), S. 77; ähnlich z.B. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 285.

⁴²⁸ *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 54 f.

⁴²⁹ *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 14.

⁴³⁰ Zu den praktischen und theoretischen Gründen, die gegen den „typischen Parteiwillen“ als Maßstab für die Ausgestaltung dispositiven Rechts sprechen, siehe *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 102–105.

⁴³¹ *Kähler*, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts (2012), S. 116. Vgl. auch *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 50 f., der dispositive Rechtsnormen als „echte Störfälle“ der Privatautonomie einordnet.

⁴³² *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 54.

⁴³³ Vgl. BGHZ 8, 222, 231; 11, 16, 21; 110, 196, 199; BGH NJW 1997, 938, 939.

Angleichung der Haftung für Rechts- und Sachmängel den Boden entzogen.⁴³⁴ In der Folge hat der BGH ausgesprochen, dass „[a]nders als bisher [...] der vertraglichen Verpflichtung des Schuldners allein nicht mehr eine seinem Versprechen immanente Garantie für sein Leistungsvermögen entnommen werden“ könne und zur Begründung ausgeführt, dass ansonsten „der Kerngehalt der [...] Gesetzesänderungen durch die Schuldrechtsmodernisierung unterlaufen [werde], nach denen der Schuldner grundsätzlich nur noch verschuldensabhängig haften soll“.⁴³⁵ Das Beispiel verdeutlicht, dass der Rekurs auf „Verstand“ und „Redlichkeit“ der Parteien oder das Prinzip der *iustitia commutativa* nicht als Aufforderung missverstanden werden darf, empirisch die typischerweise getroffene Regelung zu ergründen, sondern dass sich hinter diesen Umschreibungen regelmäßig eine *Wertungsentscheidung* darüber verbirgt, welchen Zweck eine bestimmte Privatrechtsmaterie verfolgen soll.⁴³⁶

Obwohl daher auch das dispositive Recht häufig nicht apolitisch, sondern Ausdruck materieller Wertungen des Gesetzgebers ist,⁴³⁷ bedeutet dies nicht, dass sämtliche dispositive Normen deshalb regulatorisch wären. Von Regulierung im hier verwendeten Wortsinne soll erst gesprochen werden, wenn planmäßig Verhaltenssteuerung über den Schutz der beteiligten Parteien hinaus betrieben wird.⁴³⁸ Wenn der Gesetzgeber oder ein Gericht einen Interessenausgleich anstreben und dabei den hypothetischen Parteiwillen wertend festsetzen, hat das dadurch geschaffene dispositive Recht keinen regulierenden Charakter.

Teilweise wird aber der „hypothetische Parteiwille“ in einer Weise konkretisiert, die über einen Ausgleich der Interessen der beteiligten Parteien hinausreicht. Dies gilt insbesondere für ökonomisch inspirierte Ansätze. So wird etwa vorgeschlagen, zur Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens als Gedankenexperiment einen Verhandlungsprozess zwischen *homines oeconomici* zu simulieren.⁴³⁹ Als Ergebnis einer solchen Simulation sollen sich Vertragsregeln ermitteln lassen, welche ökonomischen Effizienzkriterien genügen.⁴⁴⁰ Wenn sich die Regelung nicht an den (hypothetischen) Interessen der tatsächlich betroffenen Individuen, sondern an den Präferenzen eines modellhaften *homo oeconomicus* orientiert, wird im Ergebnis eine Gleichsetzung von hypothetischem Parteiwil-

⁴³⁴ Vgl. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 208 f.; siehe auch ebd. S. 164 f.

⁴³⁵ BGHZ 174, 61, 72.

⁴³⁶ Vgl. Collins, *Regulating Contracts* (1999), S. 58.

⁴³⁷ Vgl. Bucher, in: FS Deschenaux (1977), S. 249, 258 f., 267, der wertendes und wertneutrales dispositives Recht unterscheidet.

⁴³⁸ Siehe oben S. 53 ff.

⁴³⁹ Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht* (2010), S. 307–309; Maultzsch, AcP 207 (2007), 530, 547; Möslin, *Dispositives Recht* (2011), S. 96–102; Unberath / Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 49 f.; siehe auch Kähler, *Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts* (2012), S. 140.

⁴⁴⁰ Cziupka, *Dispositives Vertragsrecht* (2010), S. 356–373; Möslin, *Dispositives Recht* (2011), S. 93 f.; Ringe, NJW 2012, 3393, 3395; Tröger, *Arbeitsteilung und Vertrag* (2012), S. 43–51; ders., AcP 212 (2012), 296, 303, 314 f., 319, 322 f., 332; Unberath / Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 50–55.

len und ökonomischer Effizienz vorgenommen.⁴⁴¹ Eine solche Festlegung können Gesetzgeber oder Gerichte ohne weiteres treffen; es handelt sich dann aber nicht mehr um einen Interessenausgleich, um die Festlegung dessen, was typischerweise ohnehin vereinbart worden wäre, sondern um eine politische Setzung an der Grenze zur Regulierung. Denn die Wahl ökonomischer Effizienzkriterien als Maßstab der Rechtsgestaltung enthält weitreichende politische Wertungen, die die Interessen der konkreten Parteien in vielen Fällen hinter übergreifende politische Ziele zurückstellen.⁴⁴² So erteilt die Wohlfahrtsökonomik insbesondere distributiven Zielen privatrechtlicher Regelungen eine Absage,⁴⁴³ wobei die hypothetische Zustimmung der dadurch konkret Benachteiligten aus der Überlegung hergeleitet wird, dass die Benachteiligung im Privatrecht durch eine nachfolgende Umverteilung mittels Steuer- und Sozialrecht ausgeglichen werden könne.⁴⁴⁴ Selbst wenn diese Argumentation zuträfe,⁴⁴⁵ würde sie aber nicht dazu führen, dass man für derartige privatrechtliche Regelungen die hypothetische Zustimmung der unmittelbar Benachteiligten einfach unterstellen kann. Ist ein konkret Benachteiligter nicht Empfänger staatlicher Sozialleistungen, so treffen ihn die distributiven Nachteile der effizienten privatrechtlichen Norm direkt, er profitiert aber persönlich nur sehr indirekt von der dadurch erreichten Wohlfahrtssteigerung. Die Ausrichtung des positiven Privatrechts an Effizienzkriterien kann deshalb nicht mit Rekurs auf das (hypothetische) beidseitige Parteiinteresse gerechtfertigt werden.⁴⁴⁶ Die Verfolgung des Effizienzziels mag zwar gesamtwirtschaftlich sinnvoll und deshalb politisch zustimmungswürdig sein; sie stellt aber das Interesse bestimmter gesellschaftlicher Gruppen zugunsten eines übergreifenden öffentlichen Interesses zurück und bildet deshalb einen Grenzfall zwischen wertendem Interessenausgleich und Regulierung.

c. AGB-Kontrolle anhand dispositiven Privatrechts

Eine besondere Bedeutung kommt dem dispositiven Privatrecht schließlich im Rahmen der AGB-Kontrolle zu. Bereits vor Inkrafttreten des AGBG hatte der BGH in ständiger Rechtsprechung das dispositive Gesetzesrecht zum Maßstab

⁴⁴¹ So z.B. *Maulttsch*, AcP 207 (2007), 530, 547 („Gesetzgeber und die Gerichte [...] als aktive Sachwalter der Effizienz“); *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag (2012), S. 47; *Unberath / Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 50–55. Die Gleichsetzung von hypothetischem Parteiwillen und ökonomischer Effizienz ist eine Standardannahme in der ökonomischen Analyse des Rechts; siehe beispielhaft *Posner / Rosenfield*, 6 J. Leg. Stud. 83, 89 (1977): „If the purpose of the law of contracts is to effectuate the desires of the contracting parties, then the proper criterion for evaluating the rules of contract law is surely that of economic efficiency.“

⁴⁴² So auch *Eidenmüller*, AcP 197 (1997), 80, 119 f. (im Zusammenhang mit der ergänzenden Vertragsauslegung).

⁴⁴³ Vgl. oben S. 32 f., Fn. 127 und S. 34, Fn. 134.

⁴⁴⁴ *Kaplow / Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667 (1994).

⁴⁴⁵ Zur Kritik siehe unten S. 511 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. *Graf*, in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (1994), S. 81, 93 f.

des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen erhoben.⁴⁴⁷ Inzwischen bestimmt § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (zuvor § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG), dass eine unangemessene Benachteiligung – die gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB zur Unwirksamkeit der betreffende Klausel führt – im Zweifel anzunehmen ist, wenn eine Bestimmung in AGB „mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist“. In ähnlicher Weise rekurriert § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB auf das Leitbild des dispositiven Vertragsrechts. Demzufolge stellen Vereinbarungen in AGB im Zweifel eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn sie „wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben“, so einschränken, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Sofern es sich um einen im dispositiven Recht geregelten Vertragstyp handelt, wird dieses zum Maßstab der „Natur des Vertrags“.⁴⁴⁸

Die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle gehört als solche zum zwingenden Privatrecht.⁴⁴⁹ Mittels § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB inkorporiert sie aber das gesamte dispositive Recht, indem sie es zum Maßstab der Inhaltskontrolle erhebt und seinen „wesentlichen Grundgedanken“ halbzwingenden Charakter verleiht.⁴⁵⁰ Während die regulatorische Natur der besonderen Klauselverbote in §§ 308, 309 BGB sich aus ihrer generalpräventiven Ausrichtung ergibt,⁴⁵¹ hängt die Einordnung der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB davon ab, wie man das Kriterium der „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ konkretisiert. Dazu gibt es unterschiedliche Auffassungen, die eng mit dem jeweils vertretenen Schutzkonzept der AGB-Kontrolle zusammenhängen.

Nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung besteht die Aufgabe des AGB-Rechts darin, ein Marktversagen zu verhindern, welches dadurch drohe,

⁴⁴⁷ Eine Linie der BGH-Rechtsprechung stellte darauf ab, ob die in den AGB gewählte Gestaltung mit dem „Leitbild“ des dispositiven Rechts vereinbar ist: BGH NJW 1965, 246; NJW 1967, 1225, 1226; NJW 1971, 1133, 1135; BGHZ 60, 243, 245; 60, 377, 380; BGH NJW 1976, 2345, 2346 f.; kritisch dazu *Weick*, NJW 1978, 11, 14–15. Andere Urteile verlangten besondere Gründe zur Rechtfertigung solcher AGB, die von Vorschriften des dispositiven Rechts abweichen, welche nicht nur auf „Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern einem aus der Natur der Sache sich ergebenden Gerechtigkeitsgebot“ beruhen: BGHZ 41, 151, 154; 52, 86, 91; 54, 106, 109 f., 63, 238, 239.

⁴⁴⁸ Insoweit besteht ein weitgehender Gleichlauf zwischen § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB; *Wurmnest*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 307 Rn. 70. Seine Hauptbedeutung entfaltet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB bei solchen Vertragstypen, die nicht gesetzlich geregelt sind; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹¹ (2011), § 307 BGB Rn. 238. Deshalb wird auf diese Vorschrift im Folgenden nicht vertieft eingegangen.

⁴⁴⁹ Siehe BGHZ 200, 326, 335 f.; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 170 f.

⁴⁵⁰ *Schmidt-Kessel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2015), § 17 Rn. 17.

⁴⁵¹ Wenn der Gesetzgeber bzw. der Richter konkrete Vertragsinhalte in AGB verbietet, dient dies primär der Disziplinierung der AGB-Verwender und nur in zweiter Linie dem Schutz des konkreten Vertragspartners; vgl. *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 175 (Klauselverbote als absolute Grenze, die unabhängig von den Kundenerwartungen im Einzelfall gilt).

dass für den Kunden prohibitiv hohe Transaktionskosten entstünden, wollte er den Inhalt der ihm vorgelegten AGB im Einzelnen prüfen und ggf. abweichende Regelungen aushandeln. In einer Welt ohne AGB-Inhaltskontrolle müsse der Kunde damit rechnen, dass ihn manche Vertragspartner mit ihren Klauseln systematisch benachteiligen, ohne dass er ex ante erkennen könne, auf welche Vertragspartner dies zutrifft. Mangels einer entsprechenden Differenzierungsmöglichkeit entstehe aber für alle AGB-Verwender ein Anreiz, den Kunden in ihren Klauselwerken maximal zu benachteiligen, um nicht gegenüber ihren (sich mutmaßlich gleich verhaltenden) Konkurrenten einen Wettbewerbsnachteil zu erleiden.⁴⁵² Die Aufgabe der Inhaltskontrolle besteht nach dieser Auffassung darin, es dem Kunden zu ermöglichen, bezüglich des Vertragsinhalts „rationale Ignoranz“⁴⁵³ walten zu lassen, indem solche Klauseln für unwirksam erklärt werden, die von dem gedachten Verhandlungsergebnis abweichen, welches Vertragsparteien erreichen würden, die den entsprechenden Vertrag in einer Welt ohne Transaktionskosten ausgehandelt hätten.⁴⁵⁴

Folgt man dieser Auffassung, handelt es sich bei § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB um eine regulatorische Norm im Sinne der vorliegenden Studie. Dem dispositiven Recht käme im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Funktion zu, eine Annäherung an das in einer transaktionskostenfreien Verhandlung erreichte Vertragswerk zu ermöglichen. Im Vordergrund steht das (politische) Ziel, Marktversagen zu verhindern, indem das Vertrauen der Kunden gestärkt wird, nur mit solchen Klauseln konfrontiert zu werden, auf die sie sich in einem hypothetischen Verhandlungsprozess eingelassen hätten. Der Schutz des konkreten Vertragspartners ist nur ein Mittel zu diesem, im öffentlichen Interesse liegenden, Zweck.

Im Gegensatz dazu wurde insbesondere vor der Schuldrechtsreform überwiegend die Ansicht vertreten, dass § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG) der Verwirklichung materieller Gerechtigkeitsstandards dienen solle. Die zugrundeliegende Unterscheidung geht auf die Klauselkontrolle in der Rechtsprechung des BGH zurück: Demzufolge enthalte das dispositive Recht teils reine Zweckmäßigkeitserwägungen, teils aber auch „aus der Natur der Sache sich ergebende Gerechtigkeitsgebote“⁴⁵⁵, von welchen mittels AGB nur

⁴⁵² Besonders deutlich *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 502–505; so oder ähnlich auch *Bachmann*, Private Ordnung (2006), S. 121; *Basedow*, in: FS Immenga (2004), S. 3, 11 f.; *ders.*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), Vorbemerkung zu §§ 305 ff. Rn. 5; *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 154–163; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht¹¹ (2011), Vorb. v. § 307 BGB Rn. 34–36; *Köndgen*, NJW 1989, 943, 946 f.; *Kötz*, JuS 2003, 209, 211–213; *Leuschner*, JZ 2010, 875, 879 f.; *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771, 782–785; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 553 f.; *Wackerbarth*, AcP 200 (2000), 45, 69–82; *Wurmnest*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 307 Rn. 41.

⁴⁵³ Vgl. *Eidenmüller*, JZ 2005, 216, 222; *Leuschner*, AcP 207 (2007), 491, 505.

⁴⁵⁴ *Kötz*, JuS 2003, 209, 213 f.; *Wurmnest*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 307 Rn. 41; kritisch zur Ausrichtung am Effizienzkriterium *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 178–180.

⁴⁵⁵ So bereits der BGH vor Inkrafttreten des AGBG, siehe oben S. 93, Fn. 447.

abgewichen werden dürfe, wenn besondere Gründe gegeben sind.⁴⁵⁶ Mit dem Maßstab der „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ nahm der Gesetzgeber ausdrücklich auf diese Rechtsprechung Bezug.⁴⁵⁷ Daher, so die Vertreter dieser Ansicht, solle es zur Bestimmung der wesentlichen Grundgedanken auf den Gerechtigkeitsgehalt einer Regelung des dispositiven Rechts ankommen.⁴⁵⁸ Demnach wäre die AGB-Kontrolle eine spezielle Form des Interessenausgleichs (im Interesse der ausgleichenden Gerechtigkeit)⁴⁵⁹ und nicht Ausdruck der Regulierungsfunktion.

Die Schuldrechtsreform wurde zu einer Art Lackmustest für die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil im Zuge der Reform viele Vorschriften des dispositiven Vertragsrechts zum Teil erheblich geändert wurden. Geht man von dem Befund aus, dass die Schuldrechtsreform nur wenige inhaltliche Neuerung gebracht, sondern das BGB vor allem „aufbaumäßig und strukturell tiefgreifend verändert“ habe,⁴⁶⁰ so wäre allerdings zu erwarten gewesen, dass gesetzliche Leitbilder, die laut Begründung des BGH aufgrund des Gerechtigkeitsgehalts der Regelungsmaterien gewonnen wurden, unverändert fortgelten. Dies ist indes nicht der Fall.

Zunächst ist es auffällig, dass der BGH nach der Schuldrechtsreform seine frühere Begründungsformel zur Konkretisierung der Grundgedanken der ge-

⁴⁵⁶ Ständige Rechtsprechung zu § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG, siehe z.B. BGHZ 89, 206, 211; 114, 238, 240; 115, 38, 42; 135, 116, 121.

⁴⁵⁷ RegE AGBG, BT-Drucks. 7/3939, S. 23. Der Rechtsausschuss des Bundestags verschärfte den im Entwurf vorgesehenen Prüfungsmaßstab, der Abweichungen von den „wesentlichen Grundsätzen der gesetzlichen Regelung“ hatte sanktionieren wollen, dahingehend, dass eine Abweichung von den „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ unzulässig sein sollte; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5412, S. 5. Mit dieser Formulierung werde klarer zum Ausdruck gebracht, dass „der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung als Richtschnur dienen“ solle; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/5422, S. 6. Bei der Übernahme der Regelung in das BGB wies der Gesetzgeber nur darauf hin, dass die Vorschrift wörtlich dem bisherigen § 9 Abs. 2 AGBG entspreche; RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 153.

⁴⁵⁸ Grundlegend zum Gerechtigkeitsgehalt des dispositiven Rechts als Maßstab der AGB-Kontrolle *L. Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935), S. 295 f. Vor der Schuldrechtsreform auch *T. Becker*, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz (1986), S. 122; *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 54; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht (1992), S. 317; nach der Schuldrechtsreform *Berger*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB¹⁰ (2015), § 307 Rn. 20; *Canaris*, in: FS Ulmer (2003), S. 1073, 1082; *Schulte-Nölke*, in: Schulze u. a., BGB⁸ (2014), § 307 Rn. 16; *Stoffels*, AGB-Recht² (2009), S. 197; siehe auch *Wurmnest*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 307 Rn. 66.

⁴⁵⁹ Vgl. *L. Raiser*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935), S. 283, der allerdings von „öffentlichen Interessen“ spricht. Bei denjenigen, die die AGB-Kontrolle auf Gerechtigkeitsabwägungen (bzw. den Schutz vor den Folgen wirtschaftlicher Unterlegenheit) stützen, ist umstritten, ob es sich allein um einen Funktionsschutz handelt oder auch ein Individualschutz angenommen werden soll; für letztere Position stellvertretend *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen (2010), S. 563–587; dagegen *Leuschner*, JZ 2010, 875, 878 f.

⁴⁶⁰ So *Canaris*, in: FS Ulmer (2003), S. 1073, 1083; allerdings ist *Canaris* der Ansicht, dass sich die Leitbildfunktion im Einzelnen durch bestimmte Neuregelungen durchaus geändert habe; siehe ebd., S. 1083–1096.

setzlichen Regelung⁴⁶¹ nahezu aufgegeben hat und nur noch sehr vereinzelt auf den Unterschied zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit des dispositiven Rechts verweist.⁴⁶² Stattdessen ist eine pragmatische Handhabung zu beobachten, die wesentlich darauf abstellt, wie weit sich die AGB-Klausel vom dispositiven Recht entfernt.⁴⁶³ Besonders aufschlussreich ist ein Urteil, welches sich mit solchen AGB-Klauseln beschäftigt, die teils den vor der Schuldrechtsreform bestehenden Zustand privatautonom wiederherstellen wollten,⁴⁶⁴ teils Regelungen enthielten, die vor der Schuldrechtsreform als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG angesehen worden waren.⁴⁶⁵ Mit Verweis darauf, dass die Änderung des dispositiven Rechts „nicht unberücksichtigt bleiben“ dürfe, verwarf der BGH die erstgenannten Klauseln;⁴⁶⁶ dagegen billigte er eine Klausel, die zuvor als unwirksam angesehen worden war, da sich diese nach der Reform „nicht so weit von der gesetzlichen Regelung [entferne], daß sie mit deren wesentlichen Grundgedanken nicht mehr zu vereinbaren wäre“.⁴⁶⁷

Diese Rechtsprechung verdeutlicht, dass die Begründung der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts mit dessen Gerechtigkeitsgehalt vom BGH jedenfalls nicht als Verweis auf vorpositivistische Ideale der ausgleichenden Gerechtigkeit verstanden wird, die einer gesetzgeberischen Intervention nicht zugänglich wären. Auch wenn das Kriterium, wieweit sich die Klausel vom gesetzlichen Leitbild entfernt, als solches eher Ausdruck der Interessenausgleichsfunktion als der Regulierungsfunktion ist, hat es vorrangig den Effekt, dem Gesetzgeber auch über die Klauselverbotskataloge hinaus einen direkten Einfluss auf die Zulässigkeit von AGB-Klauseln zu eröffnen. Mit welchem Ziel der Gesetzgeber davon Gebrauch macht, ob es ihm lediglich darum geht, den Interessenausgleich

⁴⁶¹ Siehe oben S. 93, Fn. 447 und S. 95, Fn. 456.

⁴⁶² Ein seltenes Beispiel ist BGHZ 191, 150, 153 (zur KFZ-Miete). Allerdings betont der BGH in demselben Urteil kurz darauf (aaO., S. 155), dass es einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstelle, mittels AGB den „zentralen Punkt“ der VVG-Reform 2008 zu konterkarieren.

⁴⁶³ Beispielhaft BGHZ 178, 227, 240: „Von diesem gesetzlichen Leitbild weicht die Regelung der Rücktrittsfolgen in Ziffer 12.2 Sätze 1 bis 5 der AGB ganz erheblich ab.“ (zum Leasing). Siehe auch BGHZ 176, 191, 196 (Ausschluss der Mietminderung mittels AGB verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil die Mietminderung „Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips“ sei).

⁴⁶⁴ BGHZ 164, 196, 210–212: Eine Baumarktkette hatte in ihren Einkaufsbedingungen eine Bestimmung aufgenommen, derzufolge der Verkäufer auch für unverschuldete Rechtsmängel einzustehen habe. Diese Klausel gab den Rechtszustand vor der Schuldrechtsreform wieder; siehe oben S. 90. Der BGH sah darin trotzdem einen Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wobei es unerheblich sei, dass die Klausel der früheren gesetzlichen Regelung entsprach.

⁴⁶⁵ BGHZ 164, 196, 201–203: Dieselbe Baumarktkette hatte in ihren Einkaufsbedingungen eine Bestimmung aufgenommen, derzufolge die Gewährleistungsfrist für Mängelansprüche 36 Monate betragen sollte. Obwohl der BGH in einem Urteil vom alten Schuldrecht eine entsprechende Regelung als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG angesehen hatte (vgl. BGHZ 110, 88, 92–94), billigte er nun die entsprechende Klausel.

⁴⁶⁶ BGHZ 164, 196, 211 f.

⁴⁶⁷ BGHZ 164, 196, 202.

zwischen den Parteien zu adjustieren oder ob er weitergehende Steuerungsziele verfolgt, ist damit nicht präjudiziert. Aufgrund der Allgegenwart von AGB, insbesondere im Wirtschaftsverkehr, macht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das dispositive Recht so zu einem wichtigen Regulierungsinstrument.

IV. Zwischenfazit und weiteres Vorgehen

Die bisherigen Befunde rechtfertigten folgende vorläufige Arbeitshypothese: Das Privatrecht ist (auch) ein Regulierungsinstrument des Staates, mit dem er Verhaltenssteuerung im Allgemeinwohlinteresse betreibt. In den nächsten zwei Kapiteln soll diese Hypothese anhand konkreter Beispiele plausibilisiert werden.

Methodisch sollen die unterschiedlichen Rechtsfunktionen, insbesondere die Abgrenzung von Regulierung und Interessenausgleich, für die Analyse fruchtbar gemacht werden. Die Interessenausgleichsfunktion ist dabei Ausdruck des herkömmlichen, nicht-regulatorischen Verständnisses von Privatrecht. Demgegenüber soll gezeigt werden, dass nicht nur die Interessenausgleichsfunktion, sondern auch die Regulierungsfunktion in der Rechtspraxis des Privatrechts allgegenwärtig ist. Dazu wird zunächst im Detail analysiert, wie Regulierung in zwei Kernbereichen des Bürgerlichen Rechts funktioniert – im Kaufrecht und im Sachenrecht. Anschließend werden beispielhaft regulatorische Elemente in weiteren Gebieten des deutschen Privatrechts aufgezeigt. Die ausgewählten Bereiche umspannen weite Felder des Privatrechts und sollen plausibel machen, dass Regulierung nicht eine Besonderheit einzelner Rechtsgebiete ist, sondern in *jedem* durch das Privatrecht berührten Lebensbereich vorkommt.

§ 3 Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts

Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, die bislang in der deutschen Rechtswissenschaft durch die umfassendste Analyse von Regulierung hervorgetreten ist,¹ hat das Arbeiten mithilfe von „Referenzgebieten“ eingeführt.² Im Folgenden soll diese Methode aufgegriffen und die Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts anhand der Detailanalyse zweier Referenzgebiete, des Kaufrechts und des Sachenrechts, exemplifiziert werden. Das Arbeiten mit Referenzgebieten birgt freilich die Gefahr, solche Rechtsgebiete heranzuziehen, welche die Ausgangsthese unproblematisch belegen können, und dann die so gefundenen Ergebnisse vorschnell zu verallgemeinern. Um dieser Gefahr zu begegnen, werden zwei „Kernbereiche“ des Bürgerlichen Rechts herangezogen, die in Deutschland³ bislang selten im Kontext von Verhaltenssteuerung oder Regulierung analysiert wurden.⁴ Zudem sollen anschließend regulatorische Elemente in weiteren privatrechtlichen Rechtsgebieten überblicksartig dargestellt werden.⁵

In diesem Kapitel geht es darum, die Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts im Detail zu analysieren. Dazu werden einerseits die Gesetzesmaterialien herangezogen, um die mit einer Regelung verfolgte gesetzgeberische Intention auf ihren regulatorischen Charakter überprüfen zu können. Andererseits bezieht sich die Analyse auf die konkrete Anwendung der Regelungen durch die Rechtsprechung, um dabei sowohl die Umsetzung gesetzgeberischer Regulierungsinentionen als auch „eigenmächtiges“ regulatorisches Verhalten der Gerichte anhand konkreter Einzelfallentscheidungen nachzuweisen. Wegen des Umfangs

¹ Siehe dazu bereits oben S. 45 ff.

² Statt aller *Vofskuble*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 43–45.

³ Dagegen ist es im angloamerikanischen Bereich etablierte Tradition, Kauf- und Sachenrecht als regulatorische Instrumente zu analysieren; siehe z. B. *Collins*, *Regulating Contracts* (1999), S. 290 und passim und *Hesselink*, *ERCL* 1 (2005), 44 ff. (zum Kaufrecht); *Alexander*, 160 U. Pa. L. Rev. 1853 (2012); *Bell / Parchomovsky*, 160 U. Pa. L. Rev. 1927 (2012); *Calabresi / Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972); *Dagan*, 112 Colum. L. Rev. 1409 (2012); *Davidson*, 61 Vand. L. Rev. 1597 (2008); *Fennell*, 160 U. Pa. L. Rev. 1955 (2012); *Galiani / Schargrodsky*, 54 J. L. & Econ. S329 (2011); *Garnett*, 160 U. Pa. L. Rev. 1995 (2012); *Katz*, 160 U. Pa. L. Rev. 2029 (2012); *Merrill*, 160 U. Pa. L. Rev. 2061 (2012); *Schwartz / Scott*, 111 Colum. L. Rev. 1332 (2011); *Sterk*, 160 U. Pa. L. Rev. 2129 (2012); *Strahilevitz*, 160 U. Pa. L. Rev. 2157 (2012) (zum Sachenrecht).

⁴ Siehe aber z. B. die Arbeiten zum Kaufrecht von *Friebe / Tröger*, *Eur. J. L. & Econ.* 33 (2012), 159 ff.; *Tröger*, *AcP* 212 (2012), 296 ff.; *Wagner*, *ZEuP* 2012, 797 ff. sowie die Arbeiten zum Sachenrecht von *Fleischer*, in: *FS Schäfer* (2008), S. 125 ff.; *Schmolke*, *WM* 2010, 740 ff.

⁵ Unten S. 155 ff.

der existierenden Rechtsprechung beschränkt sich die Analyse im Wesentlichen auf Urteile des RG, des BGH und des EuGH. Diese Einschränkung lässt sich sachlich damit rechtfertigen, dass höchstrichterliche Rechtsprechung aufgrund ihres breiten Wirkungsgrades besonders geeignet erscheint, generelle regulatorische Vorgaben aufzustellen.

I. Kaufrecht

Das durch die Schuldrechtsreform modernisierte Kaufrecht bietet sich aus einem zweifachen Grund als Referenzgebiet für eine Untersuchung der Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts an: Einerseits gehört das Kaufrecht zu den Kernmaterien des Bürgerlichen Rechts und als Vertragsrecht zu den Bereichen, in denen die Verwirklichung der Privatautonomie – d.h. bei gesetzlichen Vorgaben der hier so genannte Interessenausgleich – von Vielen als alleiniger Maßstab für die richtige Rechtsanwendung angesehen wird.⁶ Sollte sich also zeigen, dass selbst in diesem Bereich das Privatrecht nicht nur ausnahmsweise, sondern systematisch zu Regulierungszwecken eingesetzt wird, wäre dies ein gewichtiges Argument dafür, dass die Regulierungsfunktion Bestandteil des gesamten Privatrechts ist. Andererseits ist bei einer so umfassenden Reform, wie sie das deutsche Kaufrecht im Zuge der Schuldrechtsreform mit Wirkung zum 1. Januar 2002 erfahren hat, ein hohes Maß an ungeklärten Rechtsfragen⁷ und damit ein fruchtbares Fallmaterial zu erwarten, um die Regulierungsfunktion des Privatrechts zu studieren.

Im Folgenden sollen zwei Fallgruppen kaufrechtlicher Regulierung genauer betrachtet werden: Zunächst der Einsatz des Gewährleistungsrechts als Regulierungsmittel, wobei sowohl Fälle des allgemeinen Kaufrechts als auch Konstellationen des Verbrauchsgüterkaufs betrachtet werden (dazu unter 1.). Danach soll untersucht werden, wie die Gerichte das Kaufrecht zur gezielten Regulierung von Teilmärkten einsetzen (dazu unter 2.).

⁶ Siehe z.B. *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 51, 55; *Lobinger*, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung* (1999), S. 92–97; *S. Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag* (1997), S. 17; *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2007), S. 207, 214; *Singer*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen* (1995), S. 45; *Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich* (1970), S. 23–27.

⁷ Vgl. *Musielak*, in: FS Schurig (2012), S. 211, der darauf hinweist, dass nach Rechtsreformen das neue Recht zumeist auch neue Probleme schafft, „die im Vergleich zu alten und durch das neue Recht gelösten keineswegs geringere Schwierigkeiten für die Rechtsanwendung erzeugten (sic!)“.

1. Regulierung im Gewährleistungsrecht

Innerhalb des Kaufrechts erscheint das Gewährleistungsrecht prädestiniert, die Regulierungsfunktion des Privatrechts zu demonstrieren. Denn es handelt sich aus Sicht der privatautonom vereinbarten Leistungspflichten um „programmwidrige[] Vorgänge[]“, ⁸ deren Auflösung sich fast immer nach den dispositiven oder zwingenden *gesetzlichen* Vorschriften richtet. Wegen der überragenden wirtschaftlichen und alltäglichen Bedeutung des Kaufrechts erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber die Lösung von Leistungsstörungen nicht ausschließlich an den Interessen der Parteien eines „gestörten“ Vertragsverhältnisses ausrichtet, sondern zugleich die Rückwirkungen und Anreizeffekte abstrakt-genereller Regelungen auf Vertragsschließende und die Volkswirtschaft im Allgemeinen zugrunde legt. Dass diese Vermutung zutrifft, soll anhand einer Reihe von Regelungen des reformierten Gewährleistungsrechts des BGB gezeigt werden.

a. Vorrang der Nacherfüllung

Eine der wichtigsten durch die Schuldrechtsreform eingeführten Neuerungen ist der Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 BGB. Das alte Kaufrecht enthielt mit § 476a BGB a.F. nur eine Regelung über die Kostentragungspflicht für den Fall, dass ein Nachbesserungsrecht ausdrücklich vertraglich vereinbart worden war. Der Gesetzgeber begründete den neuen gesetzlichen Nacherfüllungsanspruch damit, dass in der Praxis die meisten AGB ohnehin einen derartigen Anspruch vorgesehen hätten und ein solcher sowohl den Interessen des Verkäufers als auch den Erwartungen des Käufers entspreche.⁹ Insoweit handelt es sich bei der Neuregelung um einen Interessenausgleich und nicht um Regulierung.

Anders ist dies allerdings hinsichtlich des so genannten „Vorrangs“ der Nacherfüllung. Demnach stehen die Mängelrechte des Käufers, wie sie in § 437 BGB aufgelistet werden, nicht auf gleicher Stufe; vielmehr muss der Käufer dem Verkäufer grundsätzlich zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung bieten, ehe er seine weiteren Mängelrechte geltend machen kann.¹⁰ Die Absicht hinter dieser Regelung ist es laut Gesetzgeber, dem Verkäufer „so eine letzte Chance“ zu geben, „den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden“. ¹¹ Die Vermeidung eines solchen Nachteils liegt aber nicht

⁸ Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929), S. 72.

⁹ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 220, 230.

¹⁰ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 221; BGHZ 162, 219, 221 f., 226 f.; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (2014), § 437 Rn. 6. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt eine Ausnahme insbesondere im Fall der Arglist, siehe dazu unten S. 106.

¹¹ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 221. Nur wenn die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist oder vom Verkäufer schuldhaft verzögert wird, habe der Verkäufer diese letzte Chance nicht mehr verdient; aaO., S. 225, 233.

mehr im beiderseitigen Interesse der Vertragsparteien, sondern dient alleine dem Verkäufer¹² und, so jedenfalls die ausdrückliche Intention des Gesetzgebers, der Volkswirtschaft insgesamt.¹³ Dies spricht dafür, dass es sich bei dem Vorrang der Nacherfüllung um eine regulierende Norm handelt. Denn die Besserstellung des Verkäufers ist kein Selbstzweck, sondern in wesentlicher Hinsicht auch Mittel zur Steigerung volkswirtschaftlicher Effizienz. Die Anwendung der Regelung durch die Rechtsprechung des BGH bestätigt diesen Eindruck.

Der BGH hat, der Regulierungsintention des Gesetzgebers folgend, den Vorrang der Nacherfüllung dazu instrumentalisiert, die Käuferrechte zu begrenzen. Der erste Schritt war die Rechtsprechung zum Ausschluss der Selbstvornahme. Danach verliert der Käufer sämtliche Mängelrechte, wenn er den Mangel selbst beseitigt, ohne zuvor dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung gegeben zu haben.¹⁴ Unter Regulierungsgesichtspunkten ist dabei insbesondere interessant, dass der BGH dem Käufer nicht nur die Berufung auf die in § 437 BGB genannten Rechte versagt, sondern darüber hinaus auch die Anrechnung ersparter Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 Abs. 2 S. 2 BGB (analog)¹⁵ oder gemäß §§ 684 S. 1, 812 BGB¹⁶ ausschließt.

Auf rechtsdogmatischer Ebene argumentiert der BGH, der gesetzliche Vorrang der Nacherfüllung würde unterlaufen, „wenn der Käufer die Kosten der Mängelbeseitigung (durch den Verkäufer) gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB ohne vorherige Fristsetzung ganz oder teilweise von diesem verlangen könnte“.¹⁷ Dass diese Begründung rechtsdogmatisch äußerst problematisch ist, weil sie den Unterschied zwischen Gewährleistungsrechten und Bereicherungsansprüchen

¹² Der Gesetzgeber postuliert, ein solches „Recht zur zweiten Andienung“ sei auch für den Käufer interessengerecht, da er erhalte, was er vertraglich zu beanspruchen habe, siehe RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 221; ähnlich *Weller/Harms*, GPR 2012, 298, 304. Hierin liegt eine *petitio principii*, denn *was* der Käufer vertraglich zu beanspruchen hat, wenn der Verkäufer eine mangelhafte Sache geliefert hat, ist ja gerade die Frage. Aber auch inhaltlich ist diese Begründung sehr fragwürdig: Läge es tatsächlich im beiderseitigen Interesse der Vertragsparteien, dass der Verkäufer eine Nacherfüllung vornimmt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb sich der Käufer nicht freiwillig dafür entscheiden sollte. Der „Vorrang“ der Nacherfüllung kommt nur dann zum Tragen, wenn der Käufer gerade kein Interesse an einer Nacherfüllung (mehr) hat, und entspricht damit alleine den rechtspolitischen Interessen der Anbieterseite; siehe *S. Lorenz*, NJW 2006, 1175.

¹³ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 89. Ob diese Einschätzung des Gesetzgebers zutrifft, muss hier offen bleiben. Auch wenn eine Bevorzugung des Verkäufers volkswirtschaftlich effizient wäre und damit indirekt auch den Käufern zugute käme, wäre eine solche Regelung nicht mehr mit dem hypothetischen Willen eines konkret dadurch benachteiligten Käufers vereinbar.

¹⁴ Grundlegend BGHZ 162, 219, 221. Ganz h. M., siehe z. B. *Faust*, in: Bamberger/H. Roth, BGB³ (2012), § 439 Rn. 4; *Matusche-Beckmann*, in: Staudinger (2014), § 439 Rn. 54; *Westermann*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 439 Rn. 10.

¹⁵ BGHZ 162, 219, 224 ff.

¹⁶ BGH NJW 2005, 3211, 3212. Zur Begründung verweist der BGH auf seine Rechtsprechung zu § 326 Abs. 2 S. 2 BGB. Deshalb wird die Lösung über §§ 684 S. 1, 812 BGB im Folgenden nicht weiter betrachtet.

¹⁷ BGHZ 162, 219, 227.

außer Acht lässt, und die Lösung des BGH zu einer unberechtigten Bereicherung des Verkäufers führt, hat die fast einhellige Kritik in der Wissenschaft, insbesondere von *Stephan Lorenz*, gezeigt.¹⁸

Während die Rechtsprechung des BGH zum Ausschluss des Ersatzes ersparter Mängelbeseitigungskosten aus rechtsdogmatischer Sicht kaum zu überzeugen vermag, lässt sie sich unproblematisch als konsequente Umsetzung der gesetzgeberischen Regulierungsintention verstehen. Denn neben der eben diskutierten rechtsdogmatischen Begründung hat der BGH seine Rechtsprechung auf weitere Erwägungen gestützt und ausgeführt, die „gesetzgeberische Entscheidung [könne] nicht dadurch umgangen werden, daß dem Käufer auf dem Wege über die Heranziehung der allgemeinen Vorschriften des § 326 Abs. 2 und 4 BGB wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung zumindest ein Teil der Nachbesserungskosten auch dann zugebilligt wird, wenn die besonderen Voraussetzungen der kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht vorliegen“.¹⁹ Diese Ausführungen zeigen, dass es dem BGH gar nicht darum ging, eine rechtsdogmatisch stimmige Lösung zu finden, sondern darum, die Intention des Gesetzgebers konsequent umzusetzen. Darauf, dass dazu auch die Rechte des Käufers im Allgemeininteresse in einer über den Interessenausgleich hinausreichenden Weise beschnitten werden sollten, deutet auch die aus rechtsdogmatischer Sicht zweifelhafte Hilfsbegründung hin, derzufolge das „Recht zur zweiten Andienung“ auch dazu diene, eine angebliche Beweisnot des Verkäufers zu beseitigen.²⁰ Die Fragwürdigkeit dieser Argumentation offenbart ein Blick auf das alte Schuldrecht: In der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung war anerkannt, dass bei einem vertraglich vereinbarten Nachbesserungsanspruch die Kosten einer einseitigen Feststellung des Mangels durch den Käufer auch dann ersatzfähig sein sollten,

¹⁸ S. *Lorenz*, NJW 2005, 1321 ff.; *ders.*, NJW 2006, 1175, 1178 f.; krit. auch *Ebert*, NJW 2004, 1761, 1763; *Faust*, in: *Bamberger/H. Roth*, BGB³ (2012), § 437 Rn. 36; *Gsell*, ZIP 2005, 922, 924–928; *Herresthal/Riehm*, NJW 2005, 1457, 1460; *Musielak*, in: FS Schurig (2012), S. 211, 224–228; *Wall*, ZGS 2011, 166, 166–173; dem BGH zustimmend aber *Dauner-Lieb*, ZGS 2005, 169 ff.

¹⁹ BGHZ 162, 219, 230.

²⁰ Laut BGH bezweckt der Vorrang der Nacherfüllung unter anderem, den Verkäufer in die Lage zu versetzen, „eigene Feststellungen dazu zu treffen, ob die verkaufte Sache einen Mangel aufweist, auf welcher Ursache dieser beruht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat“, BGH NJW 2006, 1195, 1197. Den Käufer treffe deshalb die Obliegenheit, „dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen für eine entsprechende Untersuchung zur Verfügung zu stellen“, BGH NJW 2010, 1448; WM 2015, 1591, 1593 f. Problematisch ist an dieser Aussage aus rechtsdogmatischer Sicht, dass nicht der Verkäufer, sondern der Käufer zu beweisen hätte, dass die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB, einschließlich eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, vorliegen; vgl. *Ebert*, NJW 2004, 1761, 1764; *Faust*, in: *Bamberger/H. Roth*, BGB³ (2012), § 437 Rn. 38; *Musielak*, in: FS Schurig (2012), S. 211, 227. Eine Beweisnot des Verkäufers ist somit allenfalls hinsichtlich der Widerlegung der in § 476 BGB aufgestellten Vermutung möglich (vgl. auch BGH NJW 2006, 1195, 1197, wo § 476 BGB ausdrücklich erwähnt wird); insoweit hätten jedoch bereits die Grundsätze über die Beweisvereitelung eine interessengerechte Lösung ermöglicht.

wenn sich der Verkäufer mit der Beseitigung nicht in Verzug befand.²¹ Etwaige Beweisschwierigkeiten wurden insoweit nicht gesehen. Auffällig ist auch, dass der BGH weitaus großzügigere Maßstäbe bezüglich des Rechts des Verkäufers anlegt, eine Art der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 S. 1 BGB wegen Unverhältnismäßigkeit zu verweigern.²² Zusammengefasst zeigen diese Urteile, dass der BGH den Vorrang der Nacherfüllung dazu nutzt, die Rechtsstellung des Verkäufers aus regulatorischen Erwägungen aufzuwerten, auch wenn er dies in den Urteilsbegründungen nur verklausuliert ausdrückt.

Auch die weiteren Fallkonstellationen zum Vorrang der Nacherfüllung offenbaren die regulatorische Intention des BGH, mittels des „Rechts zur zweiten Andienung“ die Rechtsposition des Verkäufers in einem Ausmaß zu stärken, das sich nicht mehr mit einem reinen Interessenausgleich zwischen den Parteien erklären lässt. Besonders deutlich zeigt sich dies in einer Fallkonstellation, in welcher der „Vorrang“ der Nacherfüllung dazu führt, dass der Käufer seine Rechte aus dem Nacherfüllungsanspruch selbst verliert. So hat der BGH in einem obiter dictum ausgeführt, dass der Käufer auch dann keinen Anspruch auf Ersatz der vom Verkäufer ersparten Mängelbeseitigungskosten gemäß § 326 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB haben sollte, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles – etwa einer besonderen Eilbedürftigkeit der Abhilfe – eine Nachfristsetzung nicht erforderlich war.²³ Zur Begründung verweist der BGH unter anderem auf die „Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Selbstvornahmerecht des Käufers“.²⁴ Dies zeigt den rechtsbeschneidenden Charakter des Vorrangs der Nacherfüllung. Denn zugespitzt ausgedrückt besagt das Urteil, dass dem Käufer der bei sonstigen im Synallagma stehenden Ansprüchen bestehende Sekundäranspruch des § 326 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 BGB im Fall des § 439 BGB deshalb nicht zusteht, weil dem Nacherfüllungsanspruch ein besonderer „Vorrang“ zukommt.²⁵

Darüber hinaus erkennt der BGH den Regelungen über die Nacherfüllung auch einen materiellen Vorrang für das gesamte Kaufgewährleistungsrecht zu. In diesem Sinne soll die Unzumutbarkeit der Nacherfüllung gemäß § 439 Abs. 3 BGB auch den Schadensersatzanspruch gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB „in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB“ auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts der Kaufsache beschränken.²⁶ Damit wird eine Einrede, die einem verschuldensunabhängigen Nacherfüllungsanspruch entgegengehalten werden kann, auf den verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruch

²¹ BGHZ 113, 251, 261; a.A. *Huber*, in: Soergel, BGB¹² (1991), § 476a Rn. 18.

²² BGH NJW 2014, 213, 214. Demnach kann der Verkäufer die Einrede aus § 439 Abs. 3 BGB auch nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist und sogar erst im Prozess erheben.

²³ BGH NJW 2006, 988, 989.

²⁴ BGH NJW 2006, 988, 989 f.

²⁵ Für den relevanten Fall, dass der Verkäufer den Mangel nicht zu vertreten hat und deshalb die Mängelbeseitigungskosten nicht in Form des Schadensersatzes statt der Leistung (§§ 437 Nr. 3, 281, 280 Abs. 1 S. 2 BGB) ersatzfähig sind, verweist der BGH den Käufer auf Rücktritt und Minderung; siehe BGH NJW 2006, 988, 990.

²⁶ BGHZ 200, 350, 356.

erstreckt.²⁷ Zur Begründung beruft sich der BGH ausdrücklich auf den vom Gesetzgeber angestrebten Schutz des Verkäufers.²⁸ Soweit dieser auch dem übergreifenden Interesse der Volkswirtschaft dient, setzt der BGH diese Regulierungsintention in die Praxis um.

Schließlich zeigen auch die BGH-Entscheidungen zu AGB-mäßigen Modifikationen des Nacherfüllungsanspruchs den regulatorischen Charakter des Vorrangs der Nacherfüllung. Nachdem der BGH zunächst in einem obiter dictum angedeutet hatte, die Nachfristsetzung könne entbehrlich sein, wenn der Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf entgegen § 475 Abs. 1 S. 1 BGB die Gewährleistung in seinen AGB gänzlich ausgeschlossen hat,²⁹ hat er später diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben mit der Begründung, es sei eine Obliegenheit des Käufers, vom Verkäufer Nacherfüllung zu verlangen.³⁰ Zudem soll der Vorrang der Nacherfüllung zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gehören mit der Folge, dass selbst im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht in AGB davon abgewichen werden darf.³¹ Da der Gesetzgeber mit dieser Regelung, wie gezeigt, eine regulatorische Intention verfolgt, handelt es sich auch um einen regulatorischen Einsatz von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.³²

b. Prävention arglistigen Verhaltens des Verkäufers

Während es bei dem ersten Beispiel um Vorschriften ging, welche die Rechtsposition des Verkäufers aus regulatorischen Erwägungen stärken, soll nun eine Regulierung zugunsten des Käufers betrachtet werden: die Vorschriften zur Prävention betrügerischen Verhaltens durch Verkäufer.

Bereits das BGB von 1900 enthielt eine Reihe von Normen zur Sanktionierung arglistigen Verhaltens des Verkäufers.³³ Diese fügten sich allerdings in ein Kaufrecht ein, dessen gesetzgeberische Grundkonzeption auf die Gewährleistung für objektive Fehler und eine reine Verschaffenshaftung zugeschnitten war.³⁴ In diesem System stellte eine Regelung wie § 463 S. 2 BGB a. F., demzufolge der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Mangels auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftete, bereits eine extraordinary Haftung dar.³⁵ Die 1. Kommission

²⁷ Kritisch daher aus rechtsdogmatischer Sicht *Gutzeit*, NJW 2015, 445, 446.

²⁸ BGHZ 200, 350, 356.

²⁹ BGHZ 170, 31, 46 f.

³⁰ BGH NJW 2011, 3435, 3437.

³¹ BGHZ 164, 196, 209.

³² Zu § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB siehe ausführlich oben S. 93 ff.

³³ Nach ganz h. M. ist Arglist mit Vorsatz gleichzusetzen, siehe nur BGHZ 180, 205, 214 sowie *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 570–574.

³⁴ Zum objektiven Fehlerbegriff siehe nur *Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929), S. 269. Zum Umfang der Gewährleistung siehe etwa die Aussage in den Motiven, „daß der Erwerber im Falle bloßer Fehlerhaftigkeit [...] ohne Mitunterlaufen eines dolus des Veräußerers, wie nach gemeinem Rechte, auf die ädilitischen Rechtsmittel beschränkt ist.“; Mot. II, S. 229.

³⁵ Vgl. *Flume*, JZ 1990, 550, 551.

begründete die Notwendigkeit einer solchen Regelung damit, der unredliche Verkäufer müsse „mit empfindlichen Nachtheilen“ bedroht werden, um den Verkehr zu schützen.³⁶ Damit stand der Präventionscharakter im Interesse der Allgemeinheit (und nicht nur des konkreten Käufers) und somit die regulatorische Intention der Vorschriften über die Folgen arglistigen Handelns des Verkäufers von Anfang an im Vordergrund. Obwohl sich die Grundkonzeption des Gewährleistungsrechts seit 1900 zunächst in der Rechtspraxis³⁷ und im Zuge der Schuldrechtsreform auch im Gesetz tiefgreifend verändert hat, ist diese regulatorische Intention erhalten geblieben. Dies dürfte daran liegen, dass es sich bei der arglistigen Täuschung um ein handlungsbezogenes Unrechtskonzept handelt, das erhebliche Ähnlichkeiten mit dem Deliktsrecht aufweist. Aus regulatorischer Sicht liegt der Zweck der Vorschriften in beiden Fällen nicht so sehr im Schadensausgleich als in der Verhinderung des schädigenden Verhaltens.³⁸

Allerdings haben sich im Zuge der Schuldrechtsreform der Aufbau des Gewährleistungsrechts und damit auch die Rolle der Arglist durch die Anerkennung einer allgemeinen Verschuldenshaftung wesentlich geändert.³⁹ Nach neuem Kaufrecht ist Arglist nicht mehr haftungsbegründend, sondern führt dazu, dass dem Verkäufer rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendungen genommen werden (vgl. §§ 438 Abs. 3, 442 Abs. 1 Satz 2, 444 BGB).⁴⁰ Dass die Arglist – wie sogleich zu zeigen sein wird – nach der Rechtsprechung des BGH trotzdem noch eine wesentliche Stellschraube bei der Begründung von Gewährleistungsrechten darstellt, deutet darauf hin, dass die Gerichte auch weiterhin das (regu-

³⁶ Prot. I, S. 748 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Schuldrecht, Bd. II (1980), S. 138. Die besondere Empfindlichkeit des Nachteils ergab daraus, dass die übliche Folge einer zum Abschluss des Vertrages führenden arglistigen Täuschung (*dolus causam dans*) in der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Vertrags bestand, so dass der Täuschende nur auf das negative Interesse gehaftet hätte; siehe Prot. I, S. 747.

³⁷ Meilensteine waren die Entwicklung des subjektiven Fehlerbegriffs und die Einführung einer Schadensersatzhaftung wegen positiver Vertragsverletzung, welche nach h. M. allerdings auf den so genannten „Mangelfolgeschaden“ beschränkt war. Grundlegend zum subjektiven Fehlerbegriff *Flume*, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), S. 109–129; RGZ 135, 339, 342 (unter Hinweis auf die „Bedürfnisse[.] des heutigen spezialisierten Verkehrs mit Sachen“). Umfassend zur Haftung des Verkäufers für positive Vertragsverletzungen *Huber*, AcP 177 (1977), 281 ff.

³⁸ Zum Deliktsrecht siehe nur *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 454 f.; *ders.*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Vor §§ 823 ff. Rn. 40 f. Zur Arglisthaftung siehe *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 609.

³⁹ Die wichtigste Neuerung besteht in der Einführung einer Schadensersatzhaftung des Verkäufers auch für den „eigentlichen Mangelschaden“; eine Beschränkung dieser Haftung auf die Fälle des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und das arglistige Verschweigen eines Fehlers besteht nicht mehr, vgl. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 224, 226. Hinsichtlich der Haftung für das arglistige Verschweigen eines Mangels führt die Gesetzesbegründung aus, insofern sei „eine sachliche Änderung des geltenden Rechts“ nicht beabsichtigt, aaO., S. 94. An anderer Stelle heißt es, die Haftung gehe in der allgemeinen Vorsatzhaftung gemäß § 276 Abs. 1 S. 1 BGB auf, aaO., S. 210.

⁴⁰ Einen Überblick über die Rolle der Arglist im neuen Schuldrecht gibt *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 581–588.

latorische) Ziel verfolgen, den Rechtsverkehr vor betrügerischem Verhalten *mit Mitteln des Kaufrechts* zu schützen.

Nach der Rechtsprechung des BGH besteht die Hauptsanktion für arglistiges Verhalten des Verkäufers darin, dass der Käufer ohne vorherige Fristsetzung sofort zu den palliativen Mängelrechten übergehen darf.⁴¹ In die gleiche Richtung zielt ein Urteil, demzufolge ein Mangel, ungeachtet der zu seiner Behebung erforderlichen Kosten, keine den Rücktritt ausschließende unerhebliche Pflichtverletzung im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB darstellt, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.⁴² Arglistiges Verhalten des Verkäufers wird also dadurch sanktioniert, dass ihm das „Recht zur zweiten Andienung“ genommen wird. Angesichts dessen, dass dem Vorrang der Nacherfüllung erhebliche rechtsbeschneidende Wirkung zulasten des Käufers zukommt,⁴³ stellt diese Sanktion einen „empfindlichen Nachteil“ für den Verkäufer im Sinne der Verfasser des 1. Entwurfs dar.

Zur Begründung beruft sich der BGH auf seine Rechtsprechung zu § 634 Abs. 2 BGB a. F.⁴⁴ und stützt den Wegfall des Vorrangs der Nacherfüllung rechtsdogmatisch auf § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB bzw. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB.⁴⁵ Die danach erforderliche Interessenabwägung führe „in der Regel“ dazu, dass bei einer arglistigen Täuschung die für eine Nacherfüllung erforderliche Vertrauensgrundlage beschädigt sei. Zudem habe der Verkäufer, der einen Mangel vor Vertragsschluss kannte, „bereits im Vorfeld der vertraglichen Beziehungen“ die Möglichkeit gehabt, den Mangel zu beseitigen.⁴⁶ Obwohl diese Begründung der h. M. entspricht (die sich allerdings zumeist auf § 440 Satz 1 Alt. 3 BGB beruft⁴⁷), hat sie aus rechtsdogmatischer Sicht auch erhebliche Kritik erfahren, weil durchaus vorstellbar sei, dass ein Vertrauensverlust nicht derart schwerwiegend ist, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht in Betracht komme; der BGH habe zudem übersehen, dass es bei § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB, anders als bei § 634 Abs. 2 Alt. 3 BGB a. F., nicht nur auf das Interesse des Käufers (bzw. des Bestellers) ankomme, sondern auf eine Abwägung der beiderseitigen Interessen.⁴⁸

Hinsichtlich der Unerheblichkeit im Sinne von § 323 Abs. 5 S. 2 BGB und § 281 Abs. 1 S. 3 BGB stellt der BGH darauf ab, dass bei typisierender Betrachtung ein überwiegendes Interesse des Verkäufers an der Aufrechterhaltung des Ver-

⁴¹ BGH NJW 2007, 835, 837 (zum Rücktritt); BGH NJW 2008, 1371, 1372 f. (zur Minderung); BGH NJW 2009, 2532, 2533 (zu Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung).

⁴² BGHZ 167, 19, 23 f. Das Gleiche soll im Rahmen von § 281 Abs. 1 S. 3 BGB gelten, BGH, aaO., S. 25.

⁴³ Siehe oben S. 101.

⁴⁴ Vgl. BGHZ 46, 242, 246.

⁴⁵ Die zwischenzeitliche Änderung von § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB – kritisch dazu *Riehm*, NJW 2014, 2065 ff. – ist im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant.

⁴⁶ BGH NJW 2007, 835, 837; NJW 2008, 1371, 1372 f.

⁴⁷ Siehe nur *Rösler*, AcP 207 (2007), 564, 590 f. m. w. N.

⁴⁸ *Gutzeit*, NJW 2008, 1359, 1360 f.; ähnlich *Kulke*, ZGS 2008, 169, 175 f. Zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung siehe auch *Derleder/Sommer*, JZ 2007, 338, 340 f.

trags ausscheide und in diesen Vorschriften (anders als bei § 459 Abs. 1 S. 2 BGB a. F.) nicht der Mangel, sondern die Pflichtwidrigkeit Bezugspunkt der Erheblichkeitsprüfung sei.⁴⁹ Diese Begründung ist in der Literatur ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁵⁰ Aus rechtsdogmatischer Sicht wird geltend gemacht, der „Strafcharakter“ des sofortigen Rücktrittsrechts stelle einen „Fremdkörper“ im Kaufrecht dar.⁵¹

Betrachtet man die Urteile dagegen aus regulatorischer Sicht, verschwinden die Unstimmigkeiten. Die Begründungen des BGH zur sofortigen Geltendmachung der palliativen Mängelrechte zeigen, dass es ihm gar nicht um eine Interessenabwägung geht. Dies wird besonders daran deutlich, dass es nach der Rechtsprechung unerheblich sein soll, ob die Mangelbehebung durch den täuschenden Verkäufer oder einen Dritten vorgenommen wird.⁵² Der BGH weist vielmehr darauf hin, der arglistig handelnde Verkäufer *solle* gerade den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil erleiden.⁵³ Auf ganz ähnliche Weise begründet der BGH das Recht des arglistig getäuschten Käufers zur Rückabwicklung des Vertrags bei geringfügigen Mängeln: Wer arglistig handelt, *verdient* keinen Schutz seines Vertrauens in den Bestand des Rechtsgeschäfts.⁵⁴ Damit wird deutlich, dass es bei der Arglisthaftung nicht primär um einen Interessenausgleich, sondern um Sanktion und Prävention missbilligten Verhaltens mit einer Zielrichtung geht, die über das konkrete Vertragsverhältnis hinausreicht.

Die Regulierungsintention dieser Urteile wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass der BGH in einem anderen Fall entschieden hat, durch ein Nacherfüllungsverlangen in Kenntnis des arglistigen Verschweigens verliere der Käufer sein Recht zum sofortigen Rücktritt.⁵⁵ Diese Einschränkung verhindert lediglich, dass sich der Käufer selbstwidersprüchlich verhält oder den Rücktritt als Reurecht missbraucht, was sich auch daran zeigt, dass der Rücktritt nach Fristablauf wieder möglich sein soll, selbst wenn die überobligatorisch gesetzte Nachfrist nach herkömmlichen Maßstäben zu kurz bemessen war.⁵⁶

Ein weiterer Fall, in dem Arglist haftungsbegründend wirkt, ist die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluss im Sachbereich des Mängelgewährleistungs-

⁴⁹ BGHZ 167, 19, 23 f.

⁵⁰ Gsell, EWiR 2006, 549; Looschelders, JR 2007, 309; S. Lorenz, NJW 2006, 1925, 1926; H. Roth, JZ 2006, 1026 ff. Dem BGH zustimmend aber z. B. Wertenbruch, LMK 2006, 182969.

⁵¹ Hey, Jura 2006, 855, 857 f.

⁵² BGH NJW 2008, 1371, 1373; ähnlich bereits BGH NJW 2007, 835, 837; a. A. insbesondere S. Lorenz, NJW 2004, 26, 27.

⁵³ BGH NJW 2007, 835, 837; NJW 2008, 1371, 1373 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁴ BGHZ 167, 19, 24 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁵ BGH NJW 2010, 1805.

⁵⁶ BGH NJW 2013, 2182, 2184: „Der Käufer darf sich nicht in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen. Zu einem weiteren Entgegenkommen ist er dem arglistig täuschenden Verkäufer gegenüber grundsätzlich nicht gehalten.“

rechts.⁵⁷ Der BGH hat entschieden, dass das Mängelgewährleistungsrecht auch nach der Schuldrechtsreform grundsätzlich eine Sperrwirkung gegenüber der culpa in contrahendo entfalte.⁵⁸ Eine Ausnahme solle aber gelten, wenn der Verkäufer arglistig gehandelt hat.⁵⁹ Während der BGH diese Entscheidung rechtsdogmatisch damit begründet, im Falle der Arglist bestehe keine Konkurrenz zu den kaufrechtlichen Sonderregelungen, führt er zusätzlich an, „[a]uch nach neuem Schuldrecht [sei] der arglistig handelnde Verkäufer nicht schutzbedürftig“.⁶⁰ Obwohl damit vordergründig das Interesse des Verkäufers betont wird, stützt sich der BGH im Ergebnis ebenfalls maßgeblich auf den Präventionsgedanken.

c. Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung

Besonders deutlich zeigt sich die Regulierungsfunktion des Kaufrechts, wenn es zu einem Konflikt zwischen der Regulierungsintention des nationalen und des europäischen Gesetzgebers kommt, wie dies hinsichtlich der Frage der Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung der Fall war.

Verlangt der Käufer Ersatzlieferung, verweist § 439 Abs. 4 BGB bezüglich der Rückgewähr der mangelhaften Sache auf die §§ 346 bis 348 BGB. Demzufolge hat der Käufer dem Verkäufer nicht nur die mangelhafte Sache selbst zurückzugeben, sondern gemäß § 346 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 100 BGB die tatsächlichen Gebrauchsvorteile zu ersetzen bzw. gemäß § 347 Abs. 1 S. 2 BGB die unter Vernachlässigung der eigenüblichen Sorgfalt nicht gezogenen Gebrauchsvorteile zu erstatten.⁶¹ Infolgedessen kann der Käufer nur dann Ersatzlieferung verlangen, wenn er zugleich dem Verkäufer Wertersatz dafür leistet, dass er die mangelhafte Sache schon eine gewisse Zeit zum eigenen Vorteil nutzen konnte. Der BGH hat die gegen diese Rechtsfolge sprechenden dogmatischen Einwände so zusammengefasst, dass die Regelung nur dann richtig sei, wenn der Kaufpreis nicht als Gegenleistung für die ursprünglich gelieferte mangelhafte Sache, sondern für die ersatzweise gelieferte neue Sache anzusehen wäre.⁶²

In der Regierungsbegründung heißt es dagegen, der Käufer erhalte mit der Nachlieferung eine neue Sache und es sei „nicht einzusehen [...], dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll“.⁶³ Wie beim

⁵⁷ Siehe zur Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrechten und Informationshaftung *Redeker*, NJW 2012, 2471 ff.

⁵⁸ BGHZ 180, 205, 212–214; BGH NJW 2010, 858, 859. Der Gesetzgeber hatte diese Frage offengelassen, vgl. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 161 f. Zum Meinungsstand in der Literatur vor den BGH-Urteilen siehe nur *Canaris*, in: Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2002 (2003), S. 5, 87–90. Die Entscheidungen des BGH wurden in der Literatur überwiegend zustimmend aufgenommen; siehe stellvertretend *Fischinger / Lettmaier*, NJW 2009, 2496, 2497 f.

⁵⁹ BGHZ 180, 205, 214; BGH NJW 2010, 858, 859.

⁶⁰ BGHZ 180, 205, 214.

⁶¹ Vgl. BGH NJW 2006, 3200 f.

⁶² BGH NJW 2006, 3200, 3202.

⁶³ RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

Vorrang der Nacherfüllung besteht die Intention des Gesetzgebers auch hier darin, die Verkäuferseite möglichst vor den finanziellen Nachteilen der erweiterten gesetzlichen Mängelgewährleistungsrechte zu schützen. Diese Wirkung ergibt sich insbesondere aus dem Zusammenspiel der Nutzungsersatzpflicht mit dem Vorrang der Nacherfüllung, da der Käufer aufgrund Letzterem nicht die Wahl hat, die für ihn kostenlosen Mängelrechte wie die Minderung geltend zu machen.⁶⁴ Der Gesetzgeber hat diese Wertung für das allgemeine Kaufrecht vor kurzem erneut bekräftigt.⁶⁵ Auch wenn die gesetzliche Regelung also eine politische Wertung enthält, die der BGH nicht teilt, handelt es sich noch nicht um Regulierung im Sinne dieser Studie. Denn die gesetzgeberische Intention beschränkt sich in diesem Fall darauf, den Verkäufer gegenüber dem Käufer besserzustellen; ein darüber hinausreichendes Steuerungsziel wird dagegen nicht verfolgt. Damit handelt es sich um ein Beispiel des politisch-wertenden Interessenausgleichs.

Für den Bereich des Verbraucherkaufrechts macht Art. 3 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allerdings die Vorgabe, dass der Verbraucher-Käufer einen Anspruch auf „unentgeltliche Ersatzlieferung“ haben muss und zudem die Ersatzlieferung ohne „erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher zu erfolgen habe. Der europäische Richtliniengeber hat sich in den Erwägungsgründen zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu einem „hohen Verbraucherschutzniveau[.]“ bekannt,⁶⁶ um damit den Wettbewerb im Binnenmarkt zu fördern.⁶⁷ Entsprechend dieser Regulierungsintention hat der EuGH entschieden, dass § 439 Abs. 4 BGB für den Verbrauchsgüterkauf nicht mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar sei, weil der europäische Gesetzgeber gerade „die Unentgeltlichkeit der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts durch den Verkäufer zu einem wesentlichen Bestandteil des durch diese Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutzes machen wollte“.⁶⁸ Der BGH hat diese Vorgabe mittels der methodisch umstrittenen Konstruktion einer „richtlinienkonformen Rechtsfortbildung“ in das deutsche Recht übertragen,⁶⁹ ehe der deutsche Gesetzgeber sie dann in § 474 Abs. 5 S. 1 BGB kodifiziert hat.⁷⁰

⁶⁴ Vgl. BGH NJW 2006, 3200, 3201 f.

⁶⁵ Siehe Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/10607, S. 5, wo diese Regelung (nur) als nicht mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar, nicht aber als inhaltlich fragwürdig bezeichnet wird. Konsequenterweise hat der Gesetzgeber den Verweis des § 439 Abs. 4 BGB auch nur für den Verbrauchsgüterkauf modifiziert (vgl. § 474 Abs. 5 S. 1 BGB), nicht aber für das allgemeine Kaufrecht.

⁶⁶ Siehe Erwägungsgrund 1 zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie.

⁶⁷ Siehe Erwägungsgründe 2, 4 und 5 zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sowie GA Trstenjak, Schlussanträge v. 15.11.2007, Rs. C-404/06, Slg. 2008, I-2685, I-2688, I-2707 (Rn. 53) – Quelle.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 17.04.2008, Rs. C-404/06, Slg. 2008, I-2685, I-2726 (Rn. 33) – Quelle.

⁶⁹ BGHZ 179, 27, 35. Zuvor bereits etwa Mörsdorf, ZIP 2008, 1409, 1415 f. sowie allgemein W.-H. Roth, EWS 2005, 385, 393–396. Krit. aus methodischer Sicht aber z. B. Gsell, AcP 214 (2014), 99, 137–139; Höpfner, EuZW 2009, 159, 160; Osterlob-Konrad, CR 2008, 545, 546–548.

⁷⁰ Siehe Art. 5 des Gesetzes zur Durchführung des Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Ent-

Das Ergebnis der Rechtsentwicklung ist daher, dass der Käufer im allgemeinen Kaufrecht weiterhin Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung schuldet,⁷¹ während beim Verbrauchsgüterkauf ein solcher Anspruch nicht besteht.⁷² Diese Unterscheidung hat aus rechtsdogmatischer Sicht heftige Kritik erfahren. Es wird geltend gemacht, der „Respekt vor der systematischen Geschlossenheit des BGB“ gebiete es, eine einheitliche „interessengerechte und in sich stimmige bürgerlich-rechtliche Lösung“ zu finden,⁷³ und es werden Vorschläge unterbreitet, wie sich die Nutzungsentschädigungspflicht nach allgemeinem Kaufrecht beschneiden lassen könnte.⁷⁴

Die Unterscheidung zwischen den beiden Fallgruppen beruht aber nicht auf einer rechtsdogmatisch begründeten Differenzierung, sondern ist allein Ausdruck unterschiedlicher politischer Zielvorstellungen des jeweiligen Gesetzgebers. Während der deutsche Gesetzgeber den Verkäufer vor den finanziellen Nachteilen der Nachlieferung schützen wollte,⁷⁵ ging es dem europäischen Gesetzgeber darum, den Schutz des Verbrauchers zu stärken.⁷⁶ Nimmt man diese Intentionen ernst, sind die unterschiedlichen Ergebnisse nicht systemwidrig, sondern Ausdruck einer sachgerechten Differenzierung: Der Verbraucherschutz stellt im EU-Recht keinen Selbstzweck dar; vielmehr setzt der europäische Gesetzgeber starke Verbraucherrechte gezielt als politisches Mittel zur Stärkung und Vollendung des Binnenmarktes ein. Die Idee ist, dass ein europaweit einheitlich hohes Verbraucherschutzniveau Privatpersonen dazu animieren soll, grenzüberschreitend Waren zu kaufen und damit den Wettbewerb in diesem Sektor des Binnenmarktes zu verstärken. Damit handelt es sich um Regulierung im Sinne dieser Studie. Dieses Regulierungsziel ist aber nur bei Kaufverträgen zwischen einem Verbraucher-Käufer und einem Unternehmer-Verkäufer (B2C) einschlägig.⁷⁷ Dagegen gibt es nachvollziehbare und mithin keineswegs willkürliche Gründe, bei Kauf-

scheidungen in Zivil- und Handelssachen und zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 10.12.2008, BGBl. I, S. 2399.

⁷¹ Siehe BGH, Urt. v. 11.02.2009 – VIII ZR 176/06 (Juris), Rn. 8; BGHZ 195, 135, 141.

⁷² Für Altfälle siehe BGHZ 179, 27, 37 (krit. zur Rückwirkung der Rechtsprechung *Röthel*, JR 2010, 26, 27); für Fälle ab dem 16.12.2008 siehe § 474 Abs. 5 S. 1 BGB (zuvor § 474 Abs. 2 S. 1 BGB). Etwas anderes gilt für die Ersatzpflicht im Falle des Rücktritts: Hier räumt Erwägungsgrund 15 zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich das Recht ein, die Gebrauchsvorteile durch eine Minderung des zurückzuerstatten Kaufpreises zu berücksichtigen; vgl. BGHZ 182, 241, 244 f.

⁷³ Artz, ZGS 2009, 241.

⁷⁴ Siehe etwa *Gsell*, JZ 2009, 522, 525 f., die vorschlägt, jenseits des Verbrauchsgüterkaufs die Nutzungsentschädigung nach dem schadensrechtlichen Grundsatz des „Abzugs Neu für Alt“ zu reduzieren. Dagegen schlägt *Kaeding*, NJW 2010, 1031, 1034 f. vor, den Wegfall des Nutzungsersatzanspruchs im Rahmen von § 439 Abs. 3 BGB zu kompensieren und dem Verkäufer, der eine abgenutzte mangelhafte Sache zurücknehmen muss, unter erleichterten Bedingungen die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung zu ermöglichen.

⁷⁵ Siehe RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

⁷⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.04.2008, Rs. C-404/06, Slg. 2008, I-2685, I-2725 (Rn. 30) – Quelle.

⁷⁷ Unternehmen sind im Regelfall selbst in der Lage, ihre vertraglichen Rechte unter einer fremden Rechtsordnung zu sichern bzw. können sich durch eine Rechtswahl (vgl. Art. 3

verträgen zwischen Unternehmern (B2B) oder auch zwischen Privaten (C2C) den Verkäufer durch einen Nutzungsersatzanspruch von den Kosten der Ersatzlieferung zu entlasten und nicht eine (durch § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB halb-zwingende) Versicherung des Käufers durch den Verkäufer vorzuschreiben, wie es im B2C-Bereich (durch eine zwingende Regelung, § 475 Abs. 1 S. 1 BGB) mit Blick auf das Binnenmarktziel geschehen ist.

Das Beispiel des Nutzungsersatzanspruchs bei Ersatzlieferung zeigt, dass die Regulierungsfunktion des Kaufrechts keineswegs nebensächlich ist, sondern sich das geltende Recht teilweise erst mit ihrer Hilfe auf kohärente Art und Weise erklären lässt.

d. Ausbau- und Einbaukosten bei Nachlieferung

Nicht nur der deutsche und der europäische Gesetzgeber sowie die deutschen Gerichte bedienen sich der Regulierungsfunktion des Privatrechts, sondern auch der EuGH. Im Kaufrecht ist insoweit vor allem an das *Weber/Putz*-Urteil zu denken, in dem es um die Pflicht des Verkäufers ging, im Rahmen der Ersatzlieferung die vom Käufer bereits in Unkenntnis des Mangels in eine andere Sache eingebaute mangelhafte Sache dort wieder aus- und die Ersatzsache einzubauen.

Der BGH hatte zunächst im Jahr 2008 im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs ohne Vorlage an den EuGH entschieden, dass die Nachlieferung nicht den Einbau der ersatzweise gelieferten Sache beim Käufer umfasse.⁷⁸ Er begründete dieses Ergebnis rechtsdogmatisch damit, dass es sich bei dem Nacherfüllungsanspruch um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB handele, so dass die Ersatzlieferung (lediglich) eine vollständige Wiederholung der Leistungen erfordere, zu denen der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB verpflichtet ist.⁷⁹ Nicht einmal ein halbes Jahr später legte derselbe Senat dem EuGH dann die Frage vor, ob der Verkäufer im Rahmen der Ersatzlieferung nach der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie dazu verpflichtet sei, die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache zu tragen,⁸⁰ während gleichzeitig das AG Schorndorf den EuGH sowohl wegen der Kosten des Ausbaus als auch des Einbaus im Rahmen der Nachlieferung anrief.⁸¹ Der EuGH entschied, dass der Verkäufer aufgrund von Art. 3 Abs. 2 und 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verpflichtet sein könne, die Kosten sowohl des Ausbaus der mangelhaften Sache als auch

Rom I-Verordnung) schützen. Verträge, an denen ausschließlich Private beteiligt sind, sind typischerweise nicht-kommerziell und berühren daher das Binnenmarktziel nicht.

⁷⁸ BGHZ 177, 224, 229 f. sowie 233 (zu Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie); inzwischen für den Verbrauchsgüterkauf ausdrücklich aufgegeben durch BGHZ 195, 135, 139.

⁷⁹ BGHZ 177, 224, 230 unter Verweis auf RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 221. Ähnlich auch die Argumentation von GA Mazák, Schlussanträge v. 18.05.2010, Rs. C-65/09, Slg. 2011, I-5257, I-5260, I-5270 f. (Rn. 47) – Weber; Schlussanträge v. 18.05.2010, Rs. C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5280, I-5290 (Rn. 48) – Putz.

⁸⁰ BGH NJW 2009, 1660.

⁸¹ AG Schorndorf ZGS 2009, 525.

des Einbaus der Ersatzsache zu übernehmen⁸² und begründete damit – rechtsfortbildend⁸³ – eine von den Handlungspflichten im Rahmen der Ersatzlieferung „isolierte[] Kostentragungspflicht“⁸⁴. Dabei wies der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass diese Verpflichtung aus Gründen des Verbraucherschutzes gesetzlich auferlegt sei und daher über den Umfang des vertraglichen Erfüllungsanspruchs hinausgehen könne.⁸⁵ Zur Begrenzung der Verkäuferpflichten lehnte der EuGH zwar das im deutschen Recht in § 439 Abs. 3 S. 3 HS. 2 BGB vorgesehene „Totalverweigerungsrecht“ als europarechtswidrig ab,⁸⁶ ermöglichte es aber – wiederum rechtsfortbildend⁸⁷ –, den Kostenerstattungsanspruch auf einen Betrag zu beschränken, „der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist“.⁸⁸

Die Entscheidung des EuGH ist im deutschen Schrifttum aus rechtsdogmatischer Sicht scharf kritisiert worden.⁸⁹ Der Hauptvorwurf lautet, der EuGH verwische die Grenzen zwischen Erfüllungsansprüchen und Schadensersatzansprüchen, indem er dem Käufer der Sache nach einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gewähre.⁹⁰ Diese Kritik verfehlt aber den Kern des

⁸² EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5322 f. (Rn. 62) – Weber/Putz („... oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind“).

⁸³ Eine solche Kostentragungspflicht ist im Wortlaut von Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie jedenfalls nicht angelegt, vgl. auch *Kaiser*, JZ 2011, 978, 984; der EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5320 (Rn. 55) – Weber/Putz spricht jedoch von „Auslegung“. Allerdings verfolgt der EuGH ein weites, einheitliches Konzept von Auslegung und Rechtsfortbildung, siehe *Pötters / Christensen*, JZ 2011, 387, 388 f.; *W.-H. Roth*, EWS 2005, 385, 388 f.

⁸⁴ *Tröger*, AcP 212 (2012), 296, 320.

⁸⁵ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5322 (Rn. 59) – Weber/Putz.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5326 (Rn. 71 f.) – Weber/Putz. Die Regelung verstoße gegen Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der lediglich eine relative Unverhältnismäßigkeit anerkenne.

⁸⁷ So auch *Schulte-Nölke*, ZGS 2011, 289 („Hier erfindet der EuGH, ohne dass der Wortlaut der Richtlinie dafür Ansatzpunkte liefert“).

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 16.06.2011, verb. Rs. C-65/09 und C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5327 (Rn. 74) – Weber/Putz. Zur Berechnung der Herabsetzung siehe EuGH, aaO., S. I-5327 (Rn. 76).

⁸⁹ Siehe insbesondere *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243 („Der Eindruck einer ergebnisorientierten, von verbraucherschutzrechtlicher Sozialromantik geprägten Entscheidung lässt sich dabei kaum vermeiden“); kritisch auch *Greiner / Benedix*, ZGS 2011, 489, 492, 497; *Jaensch*, NJW 2012, 1025, 1026 f., 1030; *Maultzsch*, GPR 2011, 253, 254; siehe auch *Harke*, ZGS 2011, 536 f.; dagegen verteidigt *Purnhagen*, EuZW 2011, 626, 627–629 die Entscheidung als auf dem Boden gefestigter unionsrechtlicher Methodik stehend.

⁹⁰ *Jaensch*, NJW 2012, 1025, 1030; *S. Lorenz*, NJW 2011, 2241, 2243; *Maultzsch*, GPR 2011, 253, 254; *Schulte-Nölke*, ZGS 2011, 289 ff. In diesem Sinne hatte sich der Generalanwalt gegen einen Kostenerstattungsanspruch ausgesprochen, da ein solcher nur als – von der Richtlinie nicht vorgesehener – Schadensersatzanspruch unter der Voraussetzung des Verschuldens möglich sei, vgl. GA Mazák, Schlussanträge v. 18.05.2010, Rs. C-65/09, Slg. 2011, I-5257, I-5260, I-5272 f. (Rn. 59 f.); Schlussanträge v. 18.05.2010, Rs. C-87/09, Slg. 2011, I-5257, I-5280, I-5292 (Rn. 60 f.) – Putz.

Urteils, denn es war gar nicht Ziel des EuGH, die Dogmatik des europäischen Kaufrechts fortzuentwickeln. Es ging dem Gerichtshof vielmehr um einen regulatorischen Einsatz des Kaufrechts. Dies wird besonders durch den Gegensatz von EuGH-Urteil und Schlussanträgen des Generalanwalts deutlich: Der Generalanwalt hatte ausdrücklich dafür plädiert, die Entscheidung nicht anhand des (regulatorischen) Verbraucherschutzziels zu treffen, sondern stattdessen auf einen angemessenen Interessenausgleich abzielen.⁹¹ Der EuGH hat hingegen das Verbraucherschutzziel in den Mittelpunkt gestellt und damit seine bereits oben besprochene Regulierungsstrategie, mithilfe starker Verbraucherschutzrechte den Wettbewerb im Binnenmarkt zu befördern,⁹² konsequent fortgesetzt.⁹³

Eine Sonderproblematik regulatorischer Urteile des EuGH besteht darin, dass die damit häufig verbundene Rechtsfortbildung zu ihrer Wirksamkeit einer Umsetzung in das nationale Recht bedarf.⁹⁴ Der BGH hat sich dafür entschieden, die Kostentragungspflicht mittels einer richtlinienkonformen Auslegung von § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB im deutschen Recht zu verankern,⁹⁵ § 439 Abs. 3 S. 3 BGB im Wege einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung teleologisch zu reduzieren⁹⁶ und dort zugleich eine Einrede des Verkäufers zu lozieren, die Kostentragungspflicht auf einen angemessenen Betrag zu beschränken.⁹⁷ In einem späteren Urteil hat er diese Rechtsfortbildung ausdrücklich auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt und hinsichtlich des allgemeinen Kaufrechts entschieden, dass die Nachlieferung weder den Ausbau der mangelhaften Kaufsache noch den Einbau der als Ersatz gelieferten Sache umfasse.⁹⁸ Der BGH begründete die ge-

⁹¹ GA Mazák, Schlussanträge v. 18.05.2010, Rs. C-65/09, Slg. 2011, I-5257, I-5260, I-5267 (Rn. 30); Schlussanträge v. 18.05.2010, Slg. 2011, I-5257, I-5280, I-5287 (Rn. 31) – Putz.

⁹² Siehe oben S. 110.

⁹³ Nur am Rande sei bemerkt, dass die Kritik von S. Lorenz, NJW 2011, 2241, 2243, derzufolge der Verbraucherschutz letztlich über die Preise vom Verbraucher selbst bezahlt werde, außer Acht lässt, dass nach der Konzeption des EuGH der verstärkte Wettbewerbsdruck im Binnenmarkt diese Kosten auf ein Minimum sinken lassen sollte. Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht problematisch, dass das erhöhte Verbraucherschutzniveau aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (bzw. § 475 Abs. 1 S. 1 BGB) zwingend ausgestaltet ist; so aber Maultzsch, GPR 2011, 253, 255; Tröger, AcP 212 (2012), 296, 322 f. Die Versicherung des einzelnen Käufers gegen mangelbedingte finanzielle Nachteile durch den Verkäufer zu durch den Wettbewerb im Binnenmarkt minimierten Kosten funktioniert nur, wenn nicht einzelne Verbraucher aus dem Regime ausscheren können.

⁹⁴ Infolge des *Weber/Putz*-Urteils wurden eine Vielzahl von Vorschlägen gemacht, wie die Vorgaben des EuGH innerhalb des BGB verwirklicht werden könnten; siehe z. B. Purnhagen, EuZW 2011, 626, 629; C. A. Weber, ZGS 2011, 539 ff. (jeweils zur Umsetzung im Schadenersatzrecht); Greiner/Benedix, ZGS 2011, 489, 493–497; Kaiser, JZ 2011, 978, 980–988 (jeweils mit Gesetzesvorschlag).

⁹⁵ BGHZ 192, 148, 158–160.

⁹⁶ BGHZ 192, 148, 161–163.

⁹⁷ BGHZ 192, 148, 163 f.

⁹⁸ BGHZ 195, 135, 140–144. Aus BGHZ 200, 337, 349 lässt sich allerdings die Auffassung des BGH entnehmen, dass die Kostenersatzpflicht über § 478 Abs. 2 BGB im Falle eines Weiterverkaufs der mangelhaften Sachen an einen Verbraucher auf den Regress des Unternehmerverkäufers durchschlägt; ebenso bereits der Hinweisbeschluss BGH, Beschl. v. 16.04.2013, VIII

spaltene Auslegung von § 439 BGB damit, dass der deutsche Gesetzgeber eine abweichende Regulierungsintention verfolgt habe.⁹⁹ Anders als im Fall der Nutzungsentschädigung hat der Gesetzgeber bislang davon abgesehen, die rechtsfortbildenden Vorgaben des EuGH ausdrücklich im BGB zu verankern¹⁰⁰ und damit auch keine rechtspolitische Diskussion über den Umfang der Verkäuferpflichten bei der Nacherfüllung eröffnet.

2. Regulierung von Teilmärkten mittels Kaufrecht

Bislang wurden Fälle betrachtet, in denen der Gesetzgeber oder die Gerichte die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften in regulatorischer Weise einsetzen, etwa um die Verkäuferseite generell vor Kostenfolgen zu schützen, die aus volkswirtschaftlichen Gründen als zu weitreichend empfunden werden, oder betrügerisches Verhalten von Verkäufern zu verhindern. Diese Regulierung erfolgt relativ unspezifisch in dem Sinne, dass sie die Volkswirtschaft insgesamt erfasst. Darin erschöpft sich die Regulierungsfunktion des Kaufrechts aber keineswegs. Vielmehr setzen insbesondere die Gerichte das Kaufrecht auch gezielt dazu ein, bestimmte abgegrenzte Teilmärkte zu regulieren.

Im Folgenden sollen zwei Beispiele näher betrachtet werden: Zunächst der erst in den letzten Jahren entstandene Markt für private Auktionen im Internet (dazu unter a.) und dann der Kraftfahrzeughandel als Beispiel für einen Markt, der traditionell einen wichtigen Bezugspunkt kaufrechtlicher Rechtsprechung darstellt (dazu unter b.).

a. Internetauktionen

Das Aufkommen des Internets und seine verstärkte kommerzielle Nutzung haben eine Reihe rechtlicher Regelungen, einschließlich regulatorischer Normen, nach sich gezogen.¹⁰¹ Im vertragsrechtlichen Bereich sind insbesondere die Vorschriften über Fernabsatzverträge (§§ 312c ff. BGB) zu nennen, die allerdings nicht spezifisch den Internethandel, sondern jede Art von Fernabsatz regeln. Mit der so genannte „Button-Lösung“ hat der Gesetzgeber inzwischen aber auch besondere privatrechtliche Schutzvorschriften für den Onlinehandel eingeführt

ZR 375/11 (Juris), Rn. 4f. (in den konkreten Fällen abgelehnt, weil am Ende der Lieferkette jeweils ein Werkvertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher stand, vgl. BGHZ 200, 337, 349 sowie BGH, Beschl. v. 16.04.2013, VIII ZR 375/11, Rn. 8–10). Nach BGHZ 200, 350, 356 f. ist die Beschränkungseinrede jenseits des Verbrauchsgüterkaufs ebenfalls nicht anwendbar.

⁹⁹ BGHZ 195, 135, 141, 142 f. unter ausdrücklichem Verweis auf das Recht zur zweiten Andienung. Kritisch dazu Fornasier, EuZW 2013, 159, 160; J. Schmidt, GPR 2013, 210, 217.

¹⁰⁰ Kaiser, JZ 2013, 346, 347; J. Schmidt, GPR 2013, 210, 218 f. sehen darin einen Verstoß gegen das europarechtliche Transparenzgebot.

¹⁰¹ So druckt etwa die NJW regelmäßig einen Bericht über die Entwicklung des „Internet-Rechts“; siehe zuletzt Hoffmann, NJW 2015, 2470 ff.

(§ 312j Abs. 3 und 4 BGB¹⁰²) mit dem ausdrücklichen Ziel, Verbraucher zu schützen und „Kostenfallen“ im Internet zu verhindern.¹⁰³ Damit geht es nicht nur um einen Interessenausgleich, sondern vorrangig um die Prävention betrügerischen Verhaltens im Internet. Bereits zuvor haben die Zivilgerichte weitere regulatorische Vorgaben aufgestellt.

Als Untersegment des Onlinehandels ist insbesondere die Nutzung von Internetauktionsplattformen wie „eBay“ Gegenstand einer Vielzahl privatrechtlicher BGH-Urteile geworden.¹⁰⁴ Einige dieser Urteile haben regulatorischen Charakter, so etwa die Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit des Auktionsseitenbetreibers für markenrechtliche Pflichtverletzungen¹⁰⁵ oder zu den deliktsrechtlichen Folgen der Benutzung fremder Mitgliedskonten für Angebote auf Internetauktionsplattformen.¹⁰⁶ Hinsichtlich der letzten Fallgruppe wird die regulatorische Intention der Rechtsprechung insbesondere dadurch deutlich, dass der BGH ausdrücklich einen milderen Maßstab anlegt, wenn es darum geht, die Fremdnutzung eines Mitgliedskontos im rechtsgeschäftlichen Verkehr zuzurechnen.¹⁰⁷

Daneben hat der BGH aber auch das allgemeine Vertragsrecht und insbesondere das Kaufrecht zur Regulierung von Internetauktionen eingesetzt, mit dem Ziel, die Seriosität der Handelsplattform sicherzustellen und damit das Vertrauen der Nutzer zu stärken.¹⁰⁸ So könne – mit Blick auf die besondere Situation der Internetauktion – allein aus der Tatsache, dass ein angebliches Markenprodukt im Originalwert von mehr als 20.000 € zu einem Startpreis von 1 € angeboten wird, nicht geschlossen werden, dass keine Beschaffensvereinbarung über die Echtheit des Produkts getroffen wurde bzw. dass dem Käufer die Unechtheit des an-

¹⁰² Eingefügt durch Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes vom 10.05.2012, BGBl. I, S. 1084 (ursprünglich in § 312g BGB a.F.).

¹⁰³ Siehe RegE BT-Drucks. 17/7745, S. 6 f.

¹⁰⁴ Grundlegend BGHZ 149, 129 (zum Vertragsschluss bei Internetauktionen). Zum Zustandekommen von Verträgen bei Internetauktionen siehe auch BGH NJW 2005, 53 (zur Anwendbarkeit des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts auf Internetauktionen); BGH NJW 2010, 989 (zur Unwirksamkeit von AGB, die eine Rückgabemöglichkeit für Verbraucher vorsehen); BGH NJW 2011, 2643 (zum vorzeitigen Abbruch einer Internetauktionen bei Diebstahl der angebotenen Sache); BGH ZIP 2015, 326 (zum unberechtigten Abbruch einer Internetauktion).

¹⁰⁵ BGHZ 158, 236 – Internet-Versteigerung I; BGHZ 172, 119 – Internet-Versteigerung II; BGHZ 173, 188 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH GRUR 2008, 702 – Internet-Versteigerung III; BGH GRUR 2011, 152 – Kinderhochstühle im Internet; BGHZ 191, 19 – Stiftparfüm.

¹⁰⁶ BGHZ 180, 134 – Halzband.

¹⁰⁷ BGHZ 189, 346, 354 (im deliktischen Bereich gehe es um den Schutz absoluter Rechte, der Vorrang vor den Interessen des Schädigers genieße, während im Vertragsrecht eine Abwägung der beidseitigen berechtigten Interessen erforderlich sei).

¹⁰⁸ Dass die Seriosität von Internetauktionen – die aus heutiger Sicht kaum in Zweifel steht – nicht stets selbstverständlich war, zeigt etwa der Umstand, dass es der BGH noch im Jahr 2001 für nötig befand, ausdrücklich klarzustellen, dass Internetauktionen nicht unter die Vorschriften zu Spiel und Wette (§ 762 BGB) fallen, vgl. BGHZ 149, 129, 139.

gebotenen Produkts infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei (§ 442 Abs. 1 S. 2 BGB).¹⁰⁹ Im gleichen Sinne verwehrt der BGH dem Internet-Verkäufer die Möglichkeit, sich darauf zu berufen, der im Rahmen einer Internetauktion zu einem – angesichts des objektiven Marktwerts – sehr niedrigen Preis geschlossene Kaufvertrag sei als wucherähnliches Rechtsgeschäft wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig.¹¹⁰ Während diese Urteile vordergründig auf einen Interessenausgleich gerichtet sind, verfolgen sie daneben auch eine regulatorische Intention. Es sollen allgemeine Verhaltensregeln für Internetauktionen etabliert werden, die das Vertrauen der Nutzer in die Zuverlässigkeit von Internetauktionsplattformen als Handelsplatz stärken. Im Ergebnis wird damit die weitere Etablierung von Internetauktionen als Bestandteil des Onlinehandels gefördert.

b. Kraftfahrzeughandel

Viele kaufrechtliche Urteile des VIII. Zivilsenats des BGH betreffen Fälle des Fahrzeugkaufs. Es ist daher kein Wunder, dass sich im Laufe der Zeit ein besonderes „Autokaufrecht“ herausgebildet hat.¹¹¹ Es dient in erster Linie dazu, Rechtssicherheit in diesem Teilmarkt zu schaffen. Darüber hinaus verfolgen eine Reihe von Urteilen aber auch regulatorische Absichten,¹¹² wie im Folgenden anhand von zwei Beispielsbereichen gezeigt werden soll.

aa. Bildung von Marktsegmenten

Ein erstes regulatorisches Mittel ist die Bildung von Segmenten innerhalb des Fahrzeugmarkts. So hat der BGH noch unter dem alten Kaufrecht eine ständige Rechtsprechung dazu entwickelt, wann ein Kraftfahrzeug als „Neuwagen“ bzw. als „fabrikneu“ gelten darf,¹¹³ die er auch unter dem neuen Kaufrecht fortgeführt hat.¹¹⁴ Demzufolge zeichnet sich das Marktsegment für Neuwagen dadurch aus, dass „das Modell dieses Fahrzeugs unverändert weitergebaut wird, [...] es keine durch eine längere Standzeit bedingten Mängel aufweist und [...] zwischen Herstellung des Fahrzeugs und Abschluss des Kaufvertrags nicht mehr als zwölf Monate liegen.“¹¹⁵ Als weiteres Marktsegment hat der BGH den Markt für „Jah-

¹⁰⁹ BGH NJW 2012, 2723, 2724.

¹¹⁰ BGH NJW 2012, 2723 f.; NJW 2015, 548, 549.

¹¹¹ Siehe die geschlossene Darstellung durch das Handbuch *Reinking/Eggert*, Der Autokauf¹² (2014). Zudem verfasst *Wolfgang Ball*, der bis Januar 2014 Vorsitzender des VIII. Zivilsenats war, regelmäßig Rechtsprechungsübersichten zum Autokaufrecht in einer auf das Autorecht spezialisierten Fachzeitschrift. Siehe *Ball*, DAR 2009, 497 ff. sowie Folgeaufsätze in den Jahren 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 und 2015.

¹¹² Kritisch zu den Auswirkungen des neuen Kaufrechts auf den Gebrauchtwagenmarkt *Wagner*, in: *Blaurock/G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 43 f., 81.

¹¹³ BGH NJW 1980, 1097, 1098; NJW 1980, 2127, 2128; NJW 2000, 2018, 2019; NJW 2004, 160; NJW 2005, 1422, 1423.

¹¹⁴ BGH NJW 2013, 1365. Siehe auch bereits BGH NJW 2006, 2694, 2695.

¹¹⁵ BGH NJW 2005, 1422, 1423.

reswagen“ definiert.¹¹⁶ Dabei handelt es sich um „einen ‚jungen‘ Gebrauchtwagen aus erster Hand [...], der sich hinsichtlich seines Alters von einem Neufahrzeug im Wesentlichen lediglich durch die einjährige Nutzung im Straßenverkehr seit der – aus den Fahrzeugpapieren ersichtlichen – Erstzulassung unterscheidet“, der aber zugleich bis zum Zeitpunkt dieser Erstzulassung keine Standzeit von mehr als zwölf Monaten aufweist.¹¹⁷ Wiederum andere Anforderungen gelten im Markt für „Vorführwagen“. Solche Fahrzeuge werden für kürzere Probefahrten und als Ausstellungsobjekt genutzt, ohne dass damit allerdings ein Rückschluss auf das Alter des Fahrzeugs gezogen werden könnte.¹¹⁸ Als letztes Marktsegment hat die Rechtsprechung schließlich den Markt für (sonstige) Gebrauchtfahrzeuge definiert.¹¹⁹

Rechtsdogmatisch handelt es sich bei diesen Urteilen um eine Auslegung von Individualvereinbarungen anhand rein objektiver Maßstäbe, die der VIII. Zivilsenat damit rechtfertigt, sie solle „Rechtseinheit“ bzw. „Rechtssicherheit“ gewährleisten.¹²⁰ Eine derartige Rechtssicherheit dient aber nicht in erster Linie den konkreten Vertragsparteien, deren individuelle Interessen bei der Auslegung gerade keine Berücksichtigung mehr finden, sondern zielt darauf ab, einheitliche Qualitätsmaßstäbe für den Kraftfahrzeugmarkt zu entwickeln.¹²¹ Mittels derartiger Segmentabgrenzungen erhöht der BGH die Markttransparenz und stärkt damit letztlich den Wettbewerb, indem er eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet.

bb. Beeinflussung der Marktstruktur

Die Rechtsprechung des BGH hat aber nicht nur den Kraftfahrzeugmarkt in Untersegmente unterteilt, sondern auch auf die Marktstruktur als solche regulierenden Einfluss genommen. Dies soll anhand der Rechtsprechung zur Umgehung von Verbraucherschutzvorschriften gezeigt werden. Das Inkrafttreten von § 475 Abs. 1 und 2 BGB im Zuge der Schuldrechtsreform stellte einen wesentlichen Einschnitt für den Gebrauchtwagenmarkt dar. Aufgrund dieser Normen muss ein Unternehmer, der einem Verbraucher eine gebrauchte Sache verkauft, zwingend¹²² mindestens ein Jahr lang die Gewährleistung¹²³ übernehmen, während

¹¹⁶ BGH NJW 2006, 2694, 2695.

¹¹⁷ BGH NJW 2006, 2694, 2695.

¹¹⁸ BGH NJW 2010, 3710, 3712.

¹¹⁹ Siehe z.B. BGH NJW 2009, 1588 f.; BGHZ 181, 170, 176 f.

¹²⁰ Siehe BGHZ 87, 302, 306; 103, 275, 279; 122, 256, 260; 128, 307, 309.

¹²¹ Besonders anschaulich bei BGH NJW 2014, 209, 211: „Diese Entscheidung ist auf den vorliegenden Fall schon deshalb nicht übertragbar, weil es sich hier nicht um eine Neuwagen-Garantie des Herstellers, sondern um die Gebrauchtwagen-Garantie eines Dritten handelt.“

¹²² Eine Ausnahme erkennt der BGH allerdings an, wenn der Verbraucher bei Vertragschluss vortäuscht, Unternehmer zu sein, um von einem Händler zu erwerben, der nicht an Verbraucher verkaufen möchte; BGH NJW 2005, 1045 f.

¹²³ Lediglich die Schadensersatzpflicht kann in den Grenzen des AGB-Rechts beschränkt werden, vgl. § 475 Abs. 3 BGB.

zuvor im Gebrauchtwagenhandel die Gewährleistung – außer bei Arglist – vollständig ausgeschlossen werden konnte,¹²⁴ wovon im Regelfall Gebrauch gemacht wurde. Es ist daher wenig überraschend, dass die bisherige BGH-Rechtsprechung zu der Frage, wann eine Umgehung der Verbraucherschutzvorschriften (§ 475 Abs. 1 S. 2 BGB) vorliegt, ausschließlich zum Gebrauchtwagenhandel ergangen ist.

Die wichtigste Konstellation stellt das so genannte „Agenturgeschäft“ dar:¹²⁵ Dabei handelt der Gebrauchtwagenhändler (Unternehmer i. S. v. § 14 BGB) lediglich als Vertreter für den Alteigentümer (Verbraucher i. S. v. § 13 BGB), der damit rechtlich als Verkäufer gilt, so dass der Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs gemäß § 474 Abs. 1 BGB (jedenfalls in formaler Hinsicht¹²⁶) nicht eröffnet ist. Der BGH hat entschieden, dass eine solche Gestaltung grundsätzlich nicht als Umgehungsgeschäft i. S. v. § 475 Abs. 1 S. 2 BGB angesehen werden könne; etwas anderes soll nur dann gelten, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung die Chancen und Risiken des Gebrauchtwagenverkaufs zwischen dem bisherigen Eigentümer des Fahrzeug und dem Fahrzeughändler so verteilt sind, dass Letzterer als der eigentliche Verkäufer erscheint.¹²⁷ Wird im Einzelfall ein Umgehungsgeschäft bejaht, hat dies zur Folge, dass der Verbraucher-Käufer die ihm gemäß §§ 474 ff. BGB zustehenden Rechte ausschließlich gegenüber dem Unternehmer-Hintermann, nicht aber gegenüber dem Verbraucher-Verkäufer geltend machen kann.¹²⁸ Allerdings kann auch ein Gebrauchtwagenhändler, dessen Vertreterrolle anerkannt wird, aus § 311 Abs. 3 BGB persönlich haften, so etwa wenn er im Rahmen der Vertragsanbahnung schuldhaft falsche Angaben gemacht hat.¹²⁹ Die Literatur vertritt dabei die Auffassung, dass der typischerweise im eigentlichen Kaufver-

¹²⁴ Vgl. BGHZ 74, 383; *Huber*, in: Soergel, BGB¹² (1991), § 459 Rn. 306: „Außer im Fall des § 476 [a.F.] ist die Haftungsfreizeichnung, auch die formularmäßige, unbeschränkt zulässig. Der Käufer, der private wie der gewerbliche, kann sich, solange er nicht arglistig handelt, auch für schwerste Mängel freizeichnen, die dazu führen, daß das Auto aus dem Verkehr gezogen werden muß.“

¹²⁵ Das Agenturgeschäft wurde im Gebrauchtwagenhandel bereits vor der Einführung der so genannten Differenzbesteuerung vielfach zur Ersparnis von Umsatzsteuer eingesetzt, vgl. *Kerstin*, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht (2007), S. 39 mit Fn. 193.

¹²⁶ *Maultzsch*, ZGS 2005, 175, 177 meint, dass deshalb die Regelung des § 475 Abs. 1 S. 2 BGB in diesen Konstellationen gar nicht anwendbar sei.

¹²⁷ BGH NJW 2005, 1039, 1040. Dies ist laut BGH, aaO. insbesondere dann der Fall, wenn der Händler dem Eigentümer des Gebrauchtfahrzeugs einen bestimmten Mindestverkaufspreis garantiert und ihm beim Kauf eines Neuwagens den entsprechenden Teil des Kaufpreises für das neue Fahrzeug gestundet hat. In diesen Fällen wird der Kraftfahrzeughändler wiederum dadurch geschützt, dass er mit dem Einlieferer eine Beschaffenheitsvereinbarung über bestimmte Grundeigenschaften des gebrauchten Fahrzeugs – wie die Unfallfreiheit – treffen kann, die auch nicht durch einen (stillschweigenden) Gewährleistungsausschluss abgedungen werden kann; BGH NJW 2013, 1733, 1734.

¹²⁸ BGHZ 170, 67, 72–75; siehe auch bereits BGH NJW 2005, 1039, 1040. Allerdings soll der Vertrag mit dem vorgeschobenen Verbraucher nicht als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig sein; BGH NJW-RR 2013, 687, 688.

¹²⁹ BGH NJW 2010, 858, 859.

trag (zwischen Verbraucher-Verkäufer und Verbraucher-Käufer) enthaltene Haftungsausschluss auch zugunsten des aus § 311 Abs. 3 BGB haftenden Gebrauchtwagenhändlers wirke.¹³⁰ Damit käme eine Haftung des Gebrauchtwagenhändlers – wie schon im alten Schuldrecht – nur in Betracht, wenn er einen Mangel des Fahrzeugs arglistig verschweigt (§ 444 BGB).

Entgegen der rechtspolitischen Forderung, den gewerblichen Gebrauchtwagenhandel den strengen Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufs zu unterwerfen, um Umgehungen durch das Agenturgeschäft und ähnliche Gestaltungen zu verhindern,¹³¹ hat der BGH damit im Ergebnis die Beibehaltung der bisherigen Risikoverteilung ermöglicht. Gewerbliche Autohändler können weiterhin ihre Haftung praktisch komplett ausschließen, ohne dadurch ihre Verdienstmöglichkeiten zu beeinflussen.¹³² Die regulatorische Intention des BGH wird dabei offen ausgesprochen: In seiner Urteilsbegründung erkennt der VIII. Zivilsenat das Agenturgeschäft ausdrücklich als legitimes Mittel zur Umgehung unerwünschter rechtlicher Konsequenzen an¹³³ und billigt damit implizit die existierende Marktstruktur im Gebrauchtwagenhandel.

In ähnlicher Weise hat der BGH auch das im Kraftfahrzeugbereich weit verbreitete Finanzierungsleasing als legitime Gestaltungsvariante anerkannt und die Anwendung von § 475 Abs. 1 S. 2 BGB zugunsten eines Verbraucher-Leasingnehmers ausgeschlossen: Das Finanzierungsleasing stelle eine legitime rechtliche Gestaltungsmöglichkeit dar, die darauf gerichtet sei, dem Verbraucher die Finanzierung des Kraftfahrzeugs zu ermöglichen, und könne deshalb nicht als Umgehung der Verbraucherschutzvorschriften angesehen werden.¹³⁴ Insoweit entsteht für den Verbraucher allerdings keine Schutzlücke, da ihm – im Falle eines Gewährleistungsausschlusses zwischen Verkäufer und Leasinggeber – die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche gegen den Leasinggeber bleiben, die in derartigen Konstellationen nicht mittels AGB ausgeschlossen werden können.¹³⁵

¹³⁰ *Emmerich*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 311 Rn. 194; *Sutschet*, in: Bamberger/H. Roth, BGB³ (2012), § 311 Rn. 119; *Kindl*, in: Erman, BGB¹⁴ (2014) § 311 Rn. 94. Der BGH hat bislang nur entschieden, dass gegenüber dem Gebrauchtwagenhändler (im Fall: KFZ-Sachverständigen) der Vorrang der Nacherfüllung zu beachten sei, sofern dieser *neben* dem eigentlichen Verkäufer haftet, vgl. BGH NJW-RR 2011, 462, 464.

¹³¹ Siehe insbesondere *Reinking*, DAR 2001, 8, 10.

¹³² Im wirtschaftlichen Ergebnis ist es für den Gebrauchtwagenhändler gleichgültig, ob sein Gewinn aus der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis oder aus einer Provision für die Vermittlung eines Käufers resultiert.

¹³³ BGH NJW 2005, 1039, 1040.

¹³⁴ BGH NJW 2006, 1066, 1067.

¹³⁵ Vgl. BGH NJW 2006, 1066, 1068.

II. Sachenrecht

Als zweites Referenzgebiet soll im Folgenden das Sachenrecht herangezogen werden. Das Sachenrecht ist durch ein hohes Maß an Abstraktheit geprägt und erscheint dadurch als ein in sich geschlossenes, abgegrenztes System.¹³⁶ Anders als das Kaufrecht, das als Teil des Schuldrechts durch das Grundprinzip der Privatautonomie geprägt ist, ist die Vertrags(-inhalts-)freiheit im Sachenrecht erheblich beschränkt.¹³⁷ Allerdings dient das zwingende Sachenrecht, insbesondere der Typenzwang, nach h. M. allein dem Zweck, die klare Abgrenzbarkeit der unterschiedlichen sachenrechtlichen Institute (die „begriffswesentlichen Grenzen“) zu gewährleisten.¹³⁸ Dagegen sollen mittels zwingenden Sachenrechts nach h. M. nicht die üblichen Zwecke zwingenden Privatrechts – der Schutz der Allgemeinheit oder einer unterlegenen Vertragspartei – verfolgt werden.¹³⁹ Insoweit wird zumeist auf die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere das öffentlich-rechtliche Baurecht, verwiesen.¹⁴⁰ Damit erscheint aus rechtsdogmatischer Sicht das Sachenrecht keine naheliegende Materie zur Verwirklichung von Regulierungsintentionen zu sein.¹⁴¹ Ein Blick in die Rechtsgeschichte weckt allerdings erste Zweifel an dieser Einschätzung, denn dort gilt „das Bodenrecht [als] ein typisches Spiegelbild der gesellschaftlichen Kräfte und der jeweiligen Machtveränderungen“¹⁴².

¹³⁶ Mot. III, S. 1: „Das Sachenrecht nimmt in dem Systeme des Entwurfes eine selbständige Stellung ein. Es schließt sich ab einerseits gegen das Recht der Schuldverhältnisse und das Familienrecht, andererseits gegen das Erbrecht. Seine Selbständigkeit beruht wesentlich in dem Gegensatze zwischen dinglichem und persönlichem Rechte.“ Siehe auch *Wiegand*, AcP 190 (1990), 112, 113.

¹³⁷ Siehe bereits Mot. III, S. 3: „Der Grundsatz der Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: Die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zulässt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher nothwendig eine geschlossene.“

¹³⁸ BGHZ 95, 99, 100; siehe auch *Pohlmann*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Vor § 1030 Rn. 21; *Seiler*, in: Staudinger (2012), Einl zum SachenR Rn. 40; *Stürmer*, AcP 194 (1994), 265, 281; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? (2006), S. 372 f. (darstellend); *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (2013), S. 18–20 mit Fn. 46 sowie bereits *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 124 („... der Teil des gesetzlichen Inhalts des dinglichen Rechts, der von den Parteien nicht geändert werden kann, wird als zum ‚Begriffe‘ des dinglichen Rechts gehörend angesehen.“).

¹³⁹ Anders aber *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 253 sowie *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 125 mit Bezug auf die Rechtsfolgen dinglicher Geschäfte.

¹⁴⁰ Siehe z. B. *Baur/Stürmer*, Sachenrecht¹⁸ (2009), S. 2–3 (die allerdings auch auf den „Friedensschutz“ durch privatrechtliches Nachbarrecht hinweisen).

¹⁴¹ Siehe auch die Einleitung in das Sachenrecht bei *Wieling*, Sachenrecht² (2006), S. 4–26. Offener für die politische Funktion des Sachenrechts aber z. B. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 4 f. Ganz anders etwa der Ansatz in den USA, wo die verfassungsrechtlich-demokratische Dimension des Sachenrechts betont wird; vgl. *Singer*, 63 Duke L. J. 1287 (2014); krit. dazu *Di Robilant*, 62 Am. J. Comp. L. 367, 409–416 (2014).

¹⁴² *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 3, 43.

Im Folgenden soll anhand zweier typischer Beispiele gezeigt werden, dass das Sachenrecht nicht nur historisch ein politisches Instrument war, sondern die Vorschriften des 3. Buchs des BGB bis heute in wesentlicher Hinsicht regulatorischer Natur sind. Weil das Sachenrecht in seinem Kern seit 1900 unverändert geblieben ist, bedarf es zur Aufdeckung der regulatorischen Ziele des Gesetzgebers einer Auseinandersetzung mit der rechtspolitischen Diskussion im 19. Jahrhundert. Zunächst soll die mit der Schaffung eines ungeteilten Eigentums verbundene regulatorische Intention offengelegt werden (dazu unter 1.). In einem zweiten Schritt werden dann Vorschriften zum Erhalt der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern untersucht (dazu unter 2.).

1. Die Regulierungsfunktion des ungeteilten Eigentums gemäß § 903 S. 1 BGB

Im englischen und US-amerikanischen Recht, aber auch in der ökonomischen Analyse des Rechts, hat es sich eingebürgert, das Eigentum als einen „Strauß an Rechten“ (bundle of rights) und alle beschränkten dinglichen Rechte als Ausschnitte aus diesem Strauß zu verstehen.¹⁴³ Rechtsphilosophisch liegt diesem Ansatz der Gedanke zugrunde, dass rechtliche Beziehungen nicht zwischen Menschen und Sachen, sondern nur zwischen verschiedenen Menschen im Hinblick auf Sachen existieren könnten.¹⁴⁴ Demgegenüber folgt das deutsche Sachenrecht dem Konzept eines umfassenden („abstrakten“) Eigentumsbegriffs. In den Motiven zum BGB heißt es dazu:

¹⁴³ Aus der US-amerikanischen Rechtsprechung siehe etwa *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825, 831 (1987); *Kaiser Aetna v. U.S.*, 444 U.S. 164, 176 (1979): „... the owner has somehow lost one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property – the right to exclude others“. Siehe insbesondere auch *Honoré*, in: Guest (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961), S. 107, 112–128 sowie *Eleftheriadis*, *Oxford J. L. Stud.* 16 (1996), 31 ff.; *Radin*, 51 *Harv. L. Rev.* 1141, 1146–1163 (1938). Für eine rechts-ökonomische Sichtweise siehe z.B. *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 27. Laut *H. E. Smith*, 125 *Harv. L. Rev.* 1691, 1696 mit Fn. 13 (2012) wurde der Ausdruck „bundle of rights“ erstmals verwendet von *Lewis*, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States* (1888), S. 43 („The dullest individual among the *people* knows and understands that his *property* in anything is a bundle of rights.“). Ähnlich das Konzept von *Wilhelm*, *Sachenrecht*⁴ (2010), S. 64–69.

¹⁴⁴ Siehe insbesondere *Hohfeld*, 26 *Yale L. J.* 710, 718 ff. (1917). Auch bei *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (1934), S. 45 finden sich entsprechende Ansätze: „... die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache besteh[t] in gar nichts anderem als in einem bestimmten Rechtsverhältnis des Subjekts zu anderen Subjekten, nämlich in deren Pflicht, den Eigentümer in seiner Verfügungsmöglichkeit über die Sache nicht zu beeinträchtigen“. Gegen diese Ansicht insbesondere *Penner*, *The Idea of Property in Law* (1997), S. 23: „If Hohfeld’s description of rights *in rem* is correct, then whenever Blackacre is transferred from one person to another, everyone else in the world exchanges one duty for another. Since rights correlate with duties, when A sells Blackacre to B, all persons who previously had a duty to A now have a duty to B, since B now has the bundle of Blackacre rights. The alternative, and I think the better, view is that no one’s but A’s and B’s rights and duties have changed.“ (Hervorhebung im Original). Ähnlich *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 75.

Die einzelnen Befugnisse des Eigentümers würden, auch wenn eine allgemeine Bestimmung fehlte, aus den Vorschriften über den Eigentumschutz und über die von dem Eigentümer vorzunehmenden Veräußerungsgeschäfte entnommen werden können; sie lassen sich nicht vollständig aufzählen; das Bedürfnis einer solchen Aufzählung liegt auch nicht vor, da das Eigentum nicht eine Summe einzelner Befugnisse ist. Deshalb läßt sich das Eigentum auch nicht so theilen, daß dem Einen und dem Anderen eine Reihe bestimmter im Eigentume liegender Befugnisse zugewiesen werden und dem beiderseitigen Rechte der Charakter des Eigentumes beigemessen wird.¹⁴⁵

In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, dass die Entscheidung des historischen BGB-Gesetzgebers für ein ungeteiltes Eigentum eine genuin regulatorische Zielrichtung hatte. Um dies zu verdeutlichen, muss der historische Hintergrund des Eigentumskonzepts des BGB beleuchtet werden. In einem zweiten Schritt soll auf den *numerus clausus* der dinglichen Rechte als regulatorische Konsequenz der Idee eines ungeteilten Eigentums eingegangen werden. Abschließend wird thematisiert, inwieweit diese Regelungskonzeption heute noch aktuell ist oder ob sie durch nachfolgende Entwicklungen in der Rechtsprechung faktisch aufgegeben wurde.

a. Historischer Hintergrund des Eigentumskonzepts des BGB-Gesetzgebers

Hinter rechtsdogmatischen Selbstverständlichkeiten verbergen sich häufig „grundlegende, zu Axiomen verfestigte oder geschrumpfte Wertungsprozesse, die den Charakter einer Rechtsordnung entscheidend prägen“.¹⁴⁶ Die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers für ein ungeteiltes Eigentum lässt sich nur vor ihrem geschichtlichen Hintergrund richtig verstehen und als regulatorische Maßnahme einordnen. Es handelte sich um einen Akt der bewussten Abkehr von historisch überkommenen Eigentumskonzeptionen.

Seit dem Mittelalter und bis weit ins 19. Jahrhundert hinein war in ganz Europa der Großteil des Grundeigentums aufgespalten in ein Obereigentum (*dominium directum*) und ein Unter- oder Nutzeigentum (*dominium utile*).¹⁴⁷ Beispielhaft ist die Definition im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 (ALR I 8 § 16): „Das Eigentum einer Sache ist geteilt, wenn die darunter begriffnen verschiedenen Rechte, verschiednen Personen zukommen.“ In den Partikularrechten der deutschen Staaten, aber auch im Gemeinen Recht, existierten eine Vielzahl von Rechtsinstituten, welche eine derartige Aufspaltung des Eigentums bewirkten;¹⁴⁸

¹⁴⁵ Mot. III, S. 262. Siehe auch schon *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 502.

¹⁴⁶ *Wiegand*, in: FS Kroeschell (1987), S. 623 (mit Bezug auf den *numerus clausus* der Sachenrechte).

¹⁴⁷ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985), S. 292 f.; siehe auch *Wiegand*, in: *Coing/W. Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 118, 119–124.

¹⁴⁸ Vgl. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 85: „ein schwer zu erschöpfender Reichtum an Formen“.

meist waren sie eng mit dem jeweiligen sozialen Status des Eigentümers verbunden.¹⁴⁹

Ein wichtiger Anwendungsfall des geteilten Eigentums war das Lehenrecht. Das Lehenwesen hatte sich ursprünglich seit der karolingischen Zeit (8. Jahrhundert) herausgebildet als Unterwerfung Freier (Vasallen) unter die Gewalt eines Herren, der Schutz versprach und dem als Gegenleistung jede Art von Diensten, insbesondere auch Kriegsdienste, zu leisten waren.¹⁵⁰ Einen dinglichen Charakter erhielt das Lehenwesen, als die Karolinger ihre Vasallen mit den schon seit merowingischer Zeit (7. Jahrhundert) verbreiteten Landschenkungen zur Nutzung (so genannte *precaria* oder *benefizium*) ausstatteten, die mit (anfänglich lediglich geringfügigen) Zinsleistungen verknüpft waren. In der Folgezeit vergaben nicht nur die Karolinger, sondern auch die Kirche und der Adel Lehen. Im Hochmittelalter (seit Mitte des 11. Jahrhunderts) entstand daraus eine Lehenhierarchie, mit dem König an der Spitze, den Kronvasallen und Untervasallen,¹⁵¹ so dass das Grundeigentum Gegenstand einer Vielzahl gestufter (Ober- und Unter-)Eigentumsrechte wurde. Infolgedessen kam es zu einer Verdinglichung des Lehenwesens: Nicht mehr der Treueeid des Vasallen, sondern der Dienst für das Lehen stand im Mittelpunkt des Lehenverhältnisses.¹⁵²

Analog dazu verhielt sich die Situation der Bauern (hier reichte das Spektrum von der Leibeigenschaft bis zum Freibauern), denen im Gegenzug für die Leistung von Fron- und anderen Diensten sowie die Zahlung von Erb- und Bodenzinsen unterschiedliche (teils vererbliche) Nutzungsrechte eingeräumt wurden (bäuerliche Leihe).¹⁵³

Die gestuften Eigentumsrechte spiegelten nicht nur die sozialen Verhältnisse wider, sondern zogen auch erhebliche sachenrechtliche Konsequenzen nach sich. So konnte etwa in Preußen selbst ein Bauer, der Eigentümer seines Bodens war, diesen ohne „herrschaftlichen Consens“ (ALR II 7 § 247) weder veräußern noch belasten (gemäß ALR II 7 § 250 konnte die „Herrschaft“ diese Einwilligung allerdings nicht versagen, sofern es um eine Belastung mit höchstens 50 Prozent des im Hypothekenbuche eingetragenen Wertes ging). Erbuntertänige Bauern waren „schollenpflichtig“, d. h. sie durften ihren Wohnsitz oder Tätigkeitsbereich

¹⁴⁹ Zu diesem Zusammenhang siehe bereits *Hellgardt*, in: JbJgZivRWiss 2011 (2012), S. 97, 102–104.

¹⁵⁰ Dazu und zum Folgenden siehe *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985), S. 352–358; *Deter*, ZRG RA 130 (2013), 205, 206–209; *Spieß*, in: HRG (1978), Bd. II, S. 1725 ff.; *Thier*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 593 ff.

¹⁵¹ Die so genannte Heerschildordnung, die insbesondere im Sachsenspiegel niedergelegt war, kannte sogar sieben Ebenen, wobei die unteren Ebenen von Adligen gebildet wurden, die selbst nicht mehr zur Vergabe von Lehen berechtigt waren; *Thier*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 593, 596.

¹⁵² *Deter*, ZRG RA 130 (2013), 205, 207; *Spieß*, in: HRG (1978), Bd. II, S. 1725, 1735.

¹⁵³ *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I (1985), S. 361–366. Siehe auch *Habermann*, in: *Coing/W. Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 3, 6–9 (für Preußen).

nicht ohne Genehmigung des Gutsherrn verändern.¹⁵⁴ Ähnliche Übertragungsbeschränkungen existierten im Lehenrecht, wo das Lehen für den Lehensmann grundsätzlich unveräußerlich war.¹⁵⁵ Beim Tod entweder des Lehensherrn oder des Lehensmannes endete das Lehen und musste daher von den Erben neu begründet werden.¹⁵⁶ Infolge dieser Regelungen war der Großteil des Grundeigentums dem rechtsgeschäftlichen Verkehr entzogen („totgelegt“¹⁵⁷).

Die Auflösung des geteilten Eigentums in Deutschland begann bereits Anfang des 19. Jahrhunderts.¹⁵⁸ Zu dieser Zeit existierten insbesondere die Dienstpflichten des Lehenwesens nicht mehr, seine Folgen waren vielmehr „auf den ökonomischen Kern eines gebundenen Bodeneigentums reduziert“¹⁵⁹. Unverändert gegängelt waren aber die Bauern. Die Umwandlung der bäuerlichen Nutzungsrechte in vollwertiges Grundeigentum („Bodenbefreiung“ oder „Bodenmobilisierung“) ist deshalb eng mit der „Bauernbefreiung“ verbunden.¹⁶⁰ Politischer Ausgangspunkt war die in Frankreich im Zuge der Revolution am 4. August 1789 erfolgte Beseitigung des régime féodal,¹⁶¹ die infolge des Siegeszugs Napoleons auch in einigen deutschen Staaten erhebliche Folgen zeitigte.¹⁶² In den deutschen Staaten dauerte es allerdings fast bis zum Ende des 19. Jahrhunderts, bis die Folgen des Feudalrechts endgültig getilgt waren.¹⁶³ Dabei verlief die Entwicklung unterschiedlich, sowohl zwischen den deutschen Staaten als auch hinsichtlich der einzelnen Rechtsinstitute des geteilten Eigentums.¹⁶⁴

¹⁵⁴ *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 3, 7. Zur entsprechenden Situation in Bayern siehe *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 44, 56–61.

¹⁵⁵ *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I (1985), S. 358.

¹⁵⁶ *Spieß*, in: HRG (1978), Bd. II, S. 1708 ff.

¹⁵⁷ *Hedemann*, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*, Bd. II.1 (1930), S. 6. Siehe auch *Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I (1985), S. 293.

¹⁵⁸ *Strauch*, in: FS Hübner (1984), S. 273, 281–283.

¹⁵⁹ *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 44, 64 (für Bayern).

¹⁶⁰ *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 3, 5; *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 44, 45.

¹⁶¹ *Thier*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 593.

¹⁶² Siehe *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 44, 74–81 (zum französischen Einfluss auf die bayerische Konstitution von 1808).

¹⁶³ Das englische Sachenrecht weist noch heute feudale Elemente auf, so werden alle Rechte an Grundstücken konzeptionell als von der Krone abgeleitete Rechte begriffen; *Michaels*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 358, 359.

¹⁶⁴ Für Preußen siehe *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 3 ff.; für Bayern siehe *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 44 ff. Zu den unterschiedlichen Ablösungsregeln für Bauern und Vasallen, die die Bauern benachteiligten, siehe *Deter*, ZRG RA 130 (2013), 205, 223.

Unterstützt wurde der politische Prozess durch die aufblühende deutsche Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, ausgehend von einer 1801 veröffentlichten Abhandlung *Thibauts*.¹⁶⁵ In der Pandektenwissenschaft setzte sich der abstrakte Eigentumsbegriff schnell durch,¹⁶⁶ verbunden mit der Ablehnung einer enumerativen Aufzählung der mit dem Eigentum verbundenen Rechte, wie es etwa der angloamerikanischen Theorie der *bundle of rights* entspricht.¹⁶⁷ Man kann davon ausgehen, dass die oben¹⁶⁸ zitierte Ablehnung einer enumerativen Aufzählung der Eigentumsrechte im ersten Entwurf des BGB auf *Windscheid*, einen der bekanntesten Pandektisten, selbst zurückgeht.¹⁶⁹

Der Erlass des BGB stellte daher keinen Einschnitt wie die Französische Revolution, sondern den vorläufigen Abschluss eines rund 100 Jahre dauernden Rechtsentwicklungsprozesses dar. Während der Teilentwurf zum Sachenrecht von *Jobow* noch ein ausdrückliches Bekenntnis zum ungeteilten Eigentum abgegeben hatte,¹⁷⁰ hielt die 1. Kommission es für entbehrlich und nicht angemessen, diesen „Satz der Rechtswissenschaft“ im Gesetz auszusprechen.¹⁷¹ Endgül-

¹⁶⁵ *Thibaut*, in: ders. (Hrsg.), *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*² (1817), S. 67 ff. Umfassend zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung *Wiegand*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 118 ff.

¹⁶⁶ Überblick bei W. Wilhelm, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. IV (1979), S. 19, 20–22.

¹⁶⁷ Beispielhaft *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I⁶ (1887), S. 561, Fn. 2: „... nur ist dabei vor dem Mißverständniß zu warnen, als seien die Eigenthumsbefugnisse das Prius und das Eigenthum das Posterius. Man darf bei der Bestimmung des Begriffs des Eigenthums von den einzelnen in ihm enthaltenen Befugnissen auch nicht ausgehen. Das Eigenthum entsteht nicht durch die Zusammenfassung einer Mehrheit von Befugnissen zu einer Einheit, sondern es sind umgekehrt die einzelnen Eigenthumsverhältnisse nur kraft des Eigenthums da.“ Siehe auch *Randa*, *Das Eigenthumsrecht*² (1893), S. 6: „Doch nicht in einer Summe von bestimmten Machtbefugnissen über die Sache, sondern in der begriffsmäßigen Einheit der über dieselbe denkbaren bestimmten rechtlichen Machtvollkommenheit liegt das Wesen des römischen und modernen Eigenthumsrechtes. Vergeblich und irreführend ist daher der Versuch, den Inhalt desselben durch Angabe einzelner Befugnisse zu treffen, oder gar zu erschöpfen.“

¹⁶⁸ Siehe oben S. 122 Zitat vor Fn. 145.

¹⁶⁹ W. Wilhelm, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. IV (1979), S. 19, 22. Kritisch zur Gleichstellung des Eigentumskonzepts der Pandektenwissenschaft mit dem BGB-Konzept aber *Seiler*, in: Staudinger (2002), Vorbem zu §§ 903 ff Rn. 57.

¹⁷⁰ § 87 TE-SachR lautete: „Das Eigenthum an einer Sache kann mehreren Personen zu gleicher Zeit nur ungetheilt zustehen. Insbesondere findet die Theilung des Eigenthums in Ober- und Nutzungseigenthum nicht statt.“

¹⁷¹ Prot. I, S. 3732 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), *Die Beratung des BGB: Sachenrecht*, Bd. I (1985), S. 448. Siehe auch *Seiler*, in: Staudinger (2002), Vorbem zu §§ 903 ff Rn. 60: „Für die BGB-Verfasser ist die Lehre bereits ein Relikt, das nur noch knapp erwähnt und abgelehnt wird, über das eine ernsthafte Auseinandersetzung aber nicht mehr stattfindet.“ Eine ausführliche Auseinandersetzung findet sich in der Begründung zum Teil-Entwurf Sachenrecht, siehe *Jobow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 522–527.

tig abgeschlossen war die Entwicklung damit aber noch nicht, denn bestimmte Rechtsinstitute, wie insbesondere die Familienfideikomnisse und die noch vorhandenen Lehen, bestanden über das Inkrafttreten des BGB hinaus (vgl. Art. 59 EGBGB).¹⁷²

Vor diesem Hintergrund kann man die häufig geäußerte Ansicht, § 903 S. 1 BGB enthalte keine positive Definition des Eigentums,¹⁷³ durchaus infrage stellen.¹⁷⁴ Das BGB brachte vielmehr das ungeteilte Eigentum zur Vollendung; eine Reform, die man als einen genuin regulatorischen Akt werten kann.¹⁷⁵ Mit der Schaffung eines ungeteilten Eigentums verfolgte der historische BGB-Gesetzgeber mehrere regulatorische Zwecke: Gesellschaftspolitisch ging es um das Bekenntnis zur freien bürgerlichen Gesellschaft und damit um einen endgültigen Abschied von der mittelalterlichen Feudal- und Ständegesellschaft.¹⁷⁶ Daneben zielte die Schaffung ungeteilten Eigentums wirtschaftspolitisch¹⁷⁷ darauf ab, die Verkehrsfähigkeit des (Grund-)Eigentums zu sichern sowie – damit zusam-

¹⁷² Dazu sogleich unten S. 141 ff.

¹⁷³ Siehe z. B. *Fritzsche*, in: Bamberger/H. Roth, BGB³ (2012), § 903 Rn. 4; *Säcker*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 903 Rn. 4; *Seiler*, in: Staudinger (2002), § 903 Rn. 2; anders aber z. B. *Deter*, ZRG RA 130 (2013), 205, 233.

¹⁷⁴ Ähnlich *Bundesminister für Raumordnung* (Hrsg.), Neue und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung (Münchener Gutachten) (1977), S. 22; siehe auch *Sontis*, in: FS Larenz (1973), S. 981, 995 (dort allerdings zur „Wesensbestimmung“ des Eigentumsbegriffs).

¹⁷⁵ Damit ist auch in diesem Zusammenhang der oben (S. 50 ff.) definierte, dieser Abhandlung zugrunde gelegte Regulierungsbegriff gemeint. Dagegen wurde die Ablösung bauerlicher Nutzungsrechte und deren Überführung in Eigentumsrechte historisch teilweise als „Regulierung“ bezeichnet (siehe z. B. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 86). Dieser Regulierungsbegriff findet sich heute noch in Ausdrücken wie dem versicherungsrechtlichen Begriff „Schadensregulierung“.

¹⁷⁶ Dies wird etwa deutlich anhand der Worte von *Rudolf Sohm* bei der ersten Lesung des BGB am 05.02.1896 im Reichstag: „Unser Entwurf wird bürgerliches Recht bringen: Freiheit des Eigentums, – unentbehrlich für uns alle. Von dieser Freiheit leben wir. Unsere ganze öffentliche und sittliche Freiheit, die wir als Einzelpersonlichkeit besitzen, das kostbarste Rechtsgut, das wir alle haben, wird uns durch das Privateigentum, das freie Privateigentum, allein ermöglicht. [...] Freies Eigentum! Endlich sind wir dazu gekommen. Das neunzehnte Jahrhundert hat es uns auf allen Gebieten gebracht. Es wird die Grundlage der ferneren Entwicklung sein.“; Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, IX. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/1897, Erster Band, S. 758 (B). Siehe auch *Bundesminister für Raumordnung* (Hrsg.), Neue und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung (Münchener Gutachten) (1977), S. 20 f. sowie *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff. zum Unterschied zwischen einer auf Gleichheit basierenden „Privatrechtsgesellschaft“ und der Feudal- und Ständegesellschaft.

¹⁷⁷ Zur Dominanz volkswirtschaftlicher Motive bei der Entstehung des BGB-Sachenrechts siehe nur den Ausspruch des Redaktors *Reinhard Johow*: „... [man] wird [] indessen zugeben müssen, daß das Institut der Stammgutstiftung in den volkswirtschaftlichen Grundsätzen, von denen die moderne den Grundbesitz betreffende Gesetzgebung beherrscht ist, seine Rechtfertigung nicht findet...“; aus: Sachenrecht und Erbrecht. Familienfideikommiß (Stammgutstiftung). Vorschlag des Redaktors des Sachenrechts, bei: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren: Sachenrecht, Bd. III (1982), S. 1027.

menhängend – seinen Einsatz als Kreditsicherungsmittel zu ermöglichen.¹⁷⁸ Auch wenn die Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert diesen Regulierungszielen bereits weitgehend den Weg gebahnt hatte, so waren sie doch keinesfalls unumstritten, wie etwa die heftigen rechtspolitischen Angriffe *Otto Gierkes* zeigen.¹⁷⁹

Auf die wirtschaftspolitischen Aspekte des ungeteilten Eigentums soll so gleich noch ausführlicher eingegangen werden.¹⁸⁰ Zuvor soll aber demonstriert werden, welche konkreten rechtstechnischen Folgen die Entscheidung für ein abstraktes, ungeteiltes Eigentum nach sich zog.

b. Numerus clausus der dinglichen Rechte

Die zentrale regulatorische Folge der Entscheidung für ein ungeteiltes Eigentum ist die Einführung eines *numerus clausus* der dinglichen Rechte.¹⁸¹ Der *numerus clausus* setzt das Volleigentum als umfassendstes dingliches Recht voraus und betrifft die Frage, welche *Teilrechte* innerhalb des so gesetzten Rahmens zulässig sind.¹⁸²

In letzter Zeit ist der *numerus clausus* der dinglichen Rechte vermehrt Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen,¹⁸³ neuerdings auch aus dem

¹⁷⁸ Allerdings ist der Gesetzgeber selbst mehrfach vom Grundsatz des ungeteilten Eigentums abgewichen. Beispiele sind das Wohnungseigentum nach dem WEG und insbesondere das Erbbaurecht; siehe dazu und zu weiteren Durchbrechungen *Strauch*, in: FS Hübner (1984), S. 273, 285–287. Im rechtspolitischen Diskurs ist vorgeschlagen worden, aus sozialstaatlichen Gründen wieder ein geteiltes Grundeigentum einzuführen, dergestalt, dass den Bürgern lediglich ein (kündbares oder befristetes!) Nutzungseigentum zustehen soll, während der „Gemeinschaft“ das Verfügungseigentum zukommen soll; *Vogel*, NJW 1972, 1544, 1546; krit. dazu etwa *Mayer-Maly*, in: FS Hübner (1984), S. 145, 156 f.

¹⁷⁹ *Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (1889), S. 24: „Die Erfahrungen, die wir mit dem freien Eigenthum gemacht haben, geben uns kein Recht, das gebundene Eigenthum, soweit es sich als lebensfähig bewährt, gewaltsam zu zertrümmern.“ Siehe auch ebd., S. 27.

¹⁸⁰ Unten S. 136 ff.

¹⁸¹ Zum Zustand vor Inkrafttreten des BGB siehe nur *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 84–87.

¹⁸² Die Verschiebung der Grenzen dessen, was überhaupt Gegenstand des Eigentums sein kann bzw. der dinglichen Wirkungen, ist nicht mehr Gegenstand des *numerus clausus*. Derartige Veränderungen greifen stets in Rechtspositionen unbeteiligter Dritter ein (man denke etwa an den Fall, dass einer bestimmten beweglichen Sache eine Aneignungsmacht in Umkehrung von § 946 BGB zugesprochen werden könnte, so dass das jeweils darunter liegende Grundeigentum durch den Eigentümer der beweglichen Sache erworben würde) und können daher in demokratischen Gesellschaften nicht privatautonom getroffen werden, sondern müssen dem Gesetzgeber (bzw. dem gesellschaftsvertraglichen Konsens aller) vorbehalten bleiben.

¹⁸³ *Wiegand*, in: FS Kroeschell (1987), S. 623 ff.; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 241–255; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht? (2006), S. 370–523, 558–566; *Akermans*, The Principle of Numerus Clausus in European Property Law (2008), S. 169–252; *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (2013), S. 18–24 und passim. Klassisch ist die Behandlung bei *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 101–176.

Blickwinkel der ökonomischen Analyse des Rechts,¹⁸⁴ geworden.¹⁸⁵ Die h. M. im deutschen Sachenrecht steht dabei auf dem Standpunkt, der *numerus clausus* diene dazu, den „Wesensgehalt“ und damit die Abgrenzbarkeit der dinglichen Rechte zu sichern.¹⁸⁶ Insbesondere die Rechtsökonomik untersucht aber auch die Steuerungswirkungen des *numerus clausus*, also dessen regulatorische Effekte. Während somit der regulatorische Charakter des *numerus clausus* nach und nach anerkannt wird, herrscht Unklarheit über das verfolgte Regulierungsziel.

In der wissenschaftlichen Diskussion werden verschiedene ökonomische Ziele genannt,¹⁸⁷ die potentiell einen *numerus clausus* rechtfertigen könnten, wie z. B. die Verhinderung strategischen Verhaltens in Form übermäßiger Sachnutzung (*free rider*-Problem),¹⁸⁸ die Senkung von Informationskosten durch Standardisierung¹⁸⁹ oder auch Erleichterungen bei der Verifikation von dinglichen Rechten.¹⁹⁰ Daneben wird geltend gemacht, die Funktionsfähigkeit des Grundbuchs werde beeinträchtigt, wenn die eintragungsfähigen Rechte nicht gesetzlich standardisiert und begrenzt seien.¹⁹¹ Nach überwiegender Auffassung in

¹⁸⁴ *Fleischer*, in: FS Schäfer (2008), S. 125 ff.; *Schmolke*, WM 2010, 740, 743–747; zuvor bereits *Rudden*, in: Eekelaar/Bell (Hrsg.), Oxford Essays in Jurisprudence (1987), S. 239 ff.; *Hansmann/Kraakman*, 31 J. Leg. Stud. S373 (2002); *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 31–32; siehe auch *Davidson*, 61 Vand. L. Rev. 1597, 1644–1650 (2008), der den *numerus clausus* als eine „regulatory platform“ auffasst, die nicht nur die Verfolgung von Effizienz-, sondern auch von anderen (pluralistischen) politischen Zielen ermögliche.

Zur historischen Relevanz volkswirtschaftlicher Erwägungen siehe oben S. 126, Fn. 117.

¹⁸⁵ Im Folgenden geht es ausschließlich um das Immobiliarsachenrecht. Auf einen Problemfall des *numerus clausus* im Mobiliarsachenrecht – das Anwartschaftsrecht – wird unten S. 132 ff. eingegangen. Hinsichtlich des *numerus clausus* besteht kein Gleichlauf zwischen Grundstücksverkehr und beweglichen Sachen. So vertritt etwa *Wieling*, Sachenrecht² (2006), S. 26 die Auffassung, im Bereich der beweglichen Sachen bestehe gar kein *numerus clausus*, weil § 1007 BGB das Besitzrecht ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Rechtsverhältnis verdinglicht habe.

¹⁸⁶ Siehe Nachweise S. 120, Fn. 138.

¹⁸⁷ Für einen Überblick siehe *Fleischer*, in: FS Schäfer (2008), S. 125, 131–137; siehe auch den Überblick bei *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (2013), S. 452–463, der zunächst die „Unzulänglichkeit stark vereinfachender ökonomischer Modelle“ geißelt, um sodann einen im Kern informationsökonomischen „mehrdimensionalen Ansatz“ vorzuschlagen (ebd., S. 463–483).

¹⁸⁸ *Heller*, 108 Yale L. J. 1163, 1169–1223 (1999): *numerus clausus* als Strategie, ineffiziente Rechtszersplitterung zu verhindern (zu *Hellers* zugrunde liegender Analyse einer „tragedy of the anticommons“ siehe *ders.*, 111 Harv. L. Rev. 621 (1998)); ähnlich auch *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 248: „Es geht um das Anliegen des Gesetzgebers, den Inhalt des dinglichen Rechts von subjektiven Einzelregelungen freizuhalten, die einer optimalen Nutzung der belasteten Sache entgegenstehen könnten.“

¹⁸⁹ *Merrill/H. E. Smith*, 110 Yale L. J. 1, 24–42 (2000); *Kern*, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (2013), S. 467–478.

¹⁹⁰ *Hansmann/Kraakman*, 31 J. Leg. Stud. S373 (2002).

¹⁹¹ Siehe etwa BayObLG NJW 1967, 1373, 1374: „Es ist deshalb nicht dem Belieben der Beteiligten überlassen, Verpflichtungen, die vom Gesetz nicht als dingliche anerkannt sind, sei es selbständig, sei es in Verbindung mit einem anerkannten dinglichen Recht in das Grundbuch eintragen zu lassen, oder Verpflichtungen, die als dingliche Rechte der einen Art anerkannt sind, zu einem unselbständigen Bestandteil eines anderen dinglichen Rechts zu machen. Denn

der rechtsökonomischen Literatur können derartige Ziele den *numerus clausus* der Sachenrechte, also eine *zwingende* gesetzliche Begrenzung, allerdings nicht rechtfertigen; vielmehr wird geltend gemacht, dass diese Ziele auch mittels (abdingbarer) gesetzlicher oder privater Standardisierung ohne gesetzlichen Zwang zu erreichen seien.¹⁹²

Es wäre aber verfehlt, daraus den Schluss zu ziehen, dass der *numerus clausus* der dinglichen Rechte nur eine (in ihrem zwingenden Charakter überschießende) Standardisierung des hypothetischen Parteiwillens – also einen Interessenausgleich – darstelle und nicht der Regulierung diene.¹⁹³ Die Gesetzgebungsgeschichte legt vielmehr nahe, dass die Gesetzesverfasser den *numerus clausus* als Teil der Regulierung zur Schaffung eines ungeteilten Eigentums konzipiert haben.¹⁹⁴ In der Begründung zum Teil-Entwurf Sachenrecht setzte sich *Johow* ausführlich mit den historischen Grundlagen des Eigentumsbegriffs auseinander, um mit Verweis auf *Maurenbrecher* und *Dernburg* zu folgern, dass die rechtliche Besonderheit des Eigentums in der Möglichkeit bestehe, stets wieder zum Vollrecht anwachsen zu können.¹⁹⁵ Aus diesem Eigentumskonzept folge die Beschränkung der privatrechtlichen Gestaltungsmacht des Eigentümers:

Der Eigenthümer kann allerdings an sich mit der Sache machen, was er will, er kann dieselbe namentlich auch aus seinem Vermögen ausscheiden und also das Eigenthum aufgeben. Aber er kann nicht die Sache in seinem Vermögen behalten und gleichzeitig sein Eigenthum durch willkürliche Abtrennung einzelner Befugnisse, welche dasselbe verleiht, abschwächen. Dürfte er dies, so läge es in seiner Hand, das Eigenthum an einer bestimmten Sache in ein Recht umzuformen, welches die Rechtsordnung nicht mehr als Eigenthum gelten lassen könnte. Damit aber wäre der Eigentumsbegriff selbst verflüchtigt.¹⁹⁶

Dies ist der Hintergrund für die stark kondensierten Ausführungen in den Motiven, wo es zur Begründung des *numerus clausus* heißt, das Sachenrecht habe „den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und *Zweck* zu bestimmen“.¹⁹⁷ Der *numerus clausus* rechtfertigt sich demnach durch den zugrunde liegenden *Zweck* der jeweiligen dinglichen Rechte: Das BGB unterscheidet strikt zwischen dem Eigentum und den beschränkten dinglichen Rechten; Letztere werden als „Aus-

andernfalls könnte das Grundbuch seiner Aufgabe, den Rechtsverkehr sicher, zuverlässig und erschöpfend über die Rechtsverhältnisse *am Grundstück* zu unterrichten, nicht nachkommen.“ (Hervorhebung im Original).

¹⁹² Siehe die Einzelausinandersetzungen bei *Fleischer*, in: FS Schäfer (2008), S. 125, 132–137 und *Schmolke*, WM 2010, 740, 743 f. jeweils m. w. N.

¹⁹³ So aber die h. M., siehe Nachweise S. 120, Fn. 138.

¹⁹⁴ Vgl. *Fleischer*, in: FS Schäfer (2008), S. 125, 128 sowie *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 88, der ausdrücklich die Agrarreform als Vorgeschichte des *numerus clausus* bezeichnet.

¹⁹⁵ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 495–499, insbesondere S. 498.

¹⁹⁶ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 501.

¹⁹⁷ Mot. III, S. 3 (Hervorhebung hinzugefügt).

nahmezustand“, „als vorübergehende Erscheinungen betrachtet, die das Eigentum belasten, welches sich nach dem Wegfall dieser Rechte wieder auf[]füllt“.¹⁹⁸ Damit sichert der *numerus clausus* die regulatorische Entscheidung für ein ungeteiltes Eigentum rechtstechnisch ab. Wäre es den Parteien möglich, den Inhalt dinglicher Rechte frei festzulegen, könnten sie wesentliche Inhalte des Eigentums dauerhaft abspalten und damit wieder ein Ober- und Untereigentum einführen.¹⁹⁹ Eine solche Aufspaltung würde die Gefahr begründen, erneut politische oder gesellschaftliche Privilegien an das „Obereigentum“ zu knüpfen.²⁰⁰ Derartige Privilegien würden jenseits ökonomischer Zweckmäßigkeit Anreize bieten, Eigentumspositionen aus macht- oder gesellschaftspolitischen Gründen zu halten und damit effiziente Gütertransfers verhindern (hold up-Problem). Ergänzt wird die Absicherung des ungeteilten Eigentums durch die Regelung des § 137 S. 1 BGB, die es verbietet, sich rechtsgeschäftlich (d. h. ohne Übertragung eines Teilrechts) mit dinglicher Wirkung der Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht zu begeben.²⁰¹

Ist somit der Schutz des Konzepts des abstrakten Eigentums als regulatorisches Ziel des *numerus clausus* offengelegt,²⁰² ist im Folgenden anhand der rechtsökonomischen Kritik zu untersuchen, inwieweit sich der *numerus clausus* auch heute noch damit rechtfertigen lässt.²⁰³ Die Begründung des *numerus clausus* mithilfe des ungeteilten Eigentumsbegriffs rückt dabei zwei Kritikpunkte in den Mittelpunkt des Interesses, deren Aussage man so verstehen kann, dass die Gefahren einer Aufspaltung des Eigentums auch durch weniger einschneidende Maßnahmen als einen *numerus clausus* behoben werden könnten: So wird geltend gemacht,

¹⁹⁸ Wiegand, in: FS Kroeschell (1987), S. 623, 629; siehe auch Stadler, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (1996), S. 111.

¹⁹⁹ Füller, Eigenständiges Sachenrecht? (2006), S. 378 f.; Wiegand, AcP 190 (1990), 112, 117.

²⁰⁰ Zur historischen Verknüpfung von Obereigentum und politischer Macht siehe nur Deter, ZRG RA 130 (2013), 205, 227.

²⁰¹ Zum Zusammenhang zwischen § 137 S. 1 BGB und dem *numerus clausus* der dinglichen Rechte siehe Liebs, AcP 175 (1975), 1, 26: „Der *Numerus clausus* der Sachenrechte wird durch § 137 BGB erst abgesichert. Die Norm verhindert, daß mit einer Kombination von Verfügungsbeschränkungen und schuldrechtlichen Verträgen neue Sachenrechte in beliebiger Form geschaffen werden können oder daß auch nur die gesetzlich fixierten Rechtszuständigkeiten für die Sachenrechte durch Vertrag geändert werden.“ (Hervorhebung im Original); siehe auch Canaris, in: FS Flume (1978), S. 321, 419 f.

²⁰² Der Einwand von Fleischer, in: FS Schäfer (2008), S. 125, 134, die fehlende Begrenzung der Zahl der Miteigentümer im Rahmen der §§ 1008 ff. BGB zeige, dass in der Verhinderung einer übermäßigen Aufspaltung der Eigentumsrechte schwerlich die regulative Leitidee des *numerus clausus*-Prinzips liege, vermag demgegenüber nicht zu überzeugen. Das Miteigentum ist als Berechtigung Mehrerer an einer ungeteilten Sache zu *ideellen* Bruchteilen konzipiert, so dass gerade keine Abspaltung von Eigentumsrechten stattfindet. Zudem sichern die §§ 747 S. 1, 749 Abs. 1 BGB die Verkehrsfähigkeit der Miteigentumsanteile.

²⁰³ Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine rechtspolitische Diskussion. Vielmehr sind regulatorische Eingriffe mittels Privatrecht am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen; das gilt auch für die Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG; siehe ausführlich unten S. 301 ff.

eine mögliche Zersplitterung der Eigentumsrechte müsse nicht durch einen *numerus clausus ex ante* verhindert werden, sondern lasse sich grundsätzlich auch nachträglich durch Verhandlungen lösen. Im Falle einer ineffizienten Aufspaltung bestehe nämlich der Anreiz, sämtliche Teilrechte aufzukaufen und somit das Eigentum wieder zu vereinigen.²⁰⁴ Einer solchen effizienten Konsolidierung sind aber durch Transaktionskosten und strategisches Verhalten einzelner Berechtigter (*hold up*-Problem) Grenzen gesetzt,²⁰⁵ die eine gesetzliche Intervention grundsätzlich zu rechtfertigen vermögen. Historisch war es gerade die mit der Einräumung eines „Obereigentums“ verbundene *politische* Macht,²⁰⁶ die eine effiziente Konsolidierung der Eigentumsrechte verhinderte.

Ein zweiter Einwand richtet sich gegen die Argumentation, der *numerus clausus* lasse sich durch Vorteile für unbeteiligte Dritte rechtfertigen, da diese bei seiner Geltung nicht befürchten müssen, mit unbekannten oder neuartigen dinglichen Rechten konfrontiert zu werden.²⁰⁷ Die Kritik an dieser Rechtfertigung beruht auf der Unterscheidung zwischen dem Innenverhältnis mehrerer dinglich Berechtigter und dem Außenverhältnis gegenüber Dritten: Einerseits sei es für Dritte, die den Ansprüchen aus dem Eigentum (§§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB) ausgesetzt sind, unerheblich, wie Berechtigung und Aktivlegitimation im Innenverhältnis verteilt sind, da der *Inhalt* der Ansprüche (und damit die gegenüber Dritten wirkenden Verbote) davon unberührt bleibe.²⁰⁸ Andererseits ließen sich Probleme im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit den herkömmlichen Instrumenten lösen: Wolle ein Dritter das Eigentum an einem mit ungewöhnlichen Rechten belasteten Grundstück erwerben, dürften diese Rechte nur dann Geltung erlangen, wenn sie ins Grundbuch eingetragen sind; unterbleibt eine derartige Eintragung, seien die Rechte nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb unbeachtlich.²⁰⁹ Diese Einwände können die Bedeutung des *numerus clausus* als Regulierungsinstrument im Ergebnis nicht infrage stellen. Im außervertraglichen

²⁰⁴ *Rudden*, in: *Eekelaar/Bell* (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (1987), S. 239, 259; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 32 mit Fn. 7; dem folgend *Fleischer*, in: *FS Schäfer* (2008), S. 125, 134; *Schmolke*, *WM* 2010, 740, 741 f.

²⁰⁵ *Heller*, 108 *Yale L. J.* 1163, 1166, 1177 (1999); *Rudden*, in: *Eekelaar/Bell* (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (1987), S. 239, 259; siehe auch *Schmolke*, *WM* 2010, 740, 744.

²⁰⁶ Die mit Grundeigentum verbundene politische Macht ist häufig schwierig durch Geldzahlungen abzulösen, da sie für den Inhaber besonders wertvoll ist, während ein rein ökonomisch interessierter Erwerber keinen entsprechenden Nutzen daraus ziehen kann. Siehe auch unten S. 144 ff.

²⁰⁷ Siehe zu einer derartigen Rechtfertigung des *numerus clausus* etwa *Merrill/H. E. Smith*, 110 *Yale L. J.* 1 (2000). Zur Verdinglichung als Ausdehnung der Wirkungen gegenüber Dritten siehe auch *Canaris*, in: *FS Flume* (1978), S. 321, 376.

²⁰⁸ *Fleischer*, in: *FS Schäfer* (2008), S. 125, 133; *Schmolke*, *WM* 2010, 740, 743; *Schön*, *Der Nießbrauch an Sachen* (1992), S. 245; a. A. *Merrill/H. E. Smith*, 110 *Yale L. J.* 1, 32 (2000). Dazu, dass der *numerus clausus* nur die Frage der Verteilung der Rechtspositionen *innerhalb* eines vorausgesetzten Volleigentums, nicht aber die Verschiebung der Grenzen dieses Volleigentums gegenüber Dritten betrifft, siehe bereits oben S. 127, Fn. 182.

²⁰⁹ *Fleischer*, in: *FS Schäfer* (2008), S. 125, 132 f.; *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?* (2006), S. 384; *Schmolke*, *WM* 2010, 740, 743; *Schön*, *Der Nießbrauch an Sachen* (1992), S. 244 f. Siehe

Bereich besteht immerhin die Möglichkeit, dass ein Dritter den Umfang seiner Rechte mithilfe einer negativen Feststellungsklage klären möchte und dazu erkennen können muss, wie die Berechtigung im Innenverhältnis verteilt ist. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr bietet die Publizitätslösung dem Erwerbsinteressenten eines mit ungewöhnlichen Rechten belasteten Grundstücks im Normalfall der ordnungsgemäßen Eintragung keine Lösung für das hold up-Problem. Probleme können auch in der Zwangsvollstreckung auftreten, wo die Befriedigung der Gläubiger durch die Schaffung neuartiger dinglicher Rechte erheblich erschwert oder sogar vereitelt werden könnte.²¹⁰

Der *numerus clausus* der dinglichen Rechte erfüllt also auch heutzutage in wesentlicher Hinsicht eine Regulierungsfunktion. Sein regulatorisches Ziel besteht in erster Linie darin, hold up-Probleme zu verhindern. Solche Probleme stellten historisch einen der Hauptnachteile des geteilten Eigentums dar und bildeten damit zugleich einen wichtigen Grund, den *numerus clausus*-Grundsatz in das BGB aufzunehmen. Selbstverständlich schließt die Bedeutung des *numerus clausus* als Regulierungsinstrument eine zusätzliche rechtsdogmatische und rechtssystematische Funktion des Grundsatzes nicht aus.

c. Durchbrechung durch Zulassung des Anwartschaftsrechts?

Die Deutung des *numerus clausus* als Regulierungsinstrument wäre allerdings infrage gestellt, wenn sich zeigen sollte, dass die Rechtspraxis den zwingenden Charakter dieses Rechtsinstituts nicht (mehr) ernst nehmen würde. Anlass zu derartigen Bedenken könnte die Zulassung von im BGB so nicht vorgesehenen dinglichen Rechten geben. Als Beispiel eines solchen Rechts soll das so genannte Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers betrachtet werden. Dieses eignet sich besonders gut als Untersuchungsgegenstand, denn in der Literatur wurde das Verhältnis des Anwartschaftsberechtigten zum Vorbehaltsverkäufer teilweise mit dem zwischen Unter- und Obereigentümer gleichgesetzt.²¹¹ Es soll daher im Folgenden untersucht werden, wie sich die Zulassung eines Anwartschaftsrechts mit dem regulatorischen Ziel, ungeteiltes Eigentum zu schaffen, vereinbaren lässt.

Unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB wurde dem Anwartschaftsrecht noch überwiegend ein dinglicher Charakter abgesprochen.²¹² So war das RG der

auch bereits *Ehrlich*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1899), S. 107.

²¹⁰ Zum Zusammenhang zwischen *numerus clausus* und Zwangsvollstreckung siehe *Wilhelm*, Sachenrecht⁴ (2010), S. 7.

²¹¹ *L. Raiser*, Dingliche Anwartschaften (1961), S. 65–68. Grundlegend zur „Rechtsteilung“ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 81; ihm folgend z.B. *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ (2009), S. 844. Siehe auch *Mülbert*, AcP 202 (2002), 912, 934–949, insbesondere S. 946 f., der von einem „zeitlich segmentierten Eigentum“ ausgeht. Gegen die These eines „gespaltenen Eigentums“ beim gestreckten Rechtserwerb aber *ders.*, AcP 214 (2014), 309, 316 f.

²¹² *Selbst v. Tuhr*, der allgemein als einer der Begründer der Lehre vom Anwartschaftsrecht

Auffassung, dass die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts (§ 445 BGB a. F. bzw. § 449 Abs. 1 BGB n. F.) zwar möglicherweise eine Anwartschaft des Käufers begründe, weil der Vorbehaltsverkäufer nicht mehr einseitig den Eigentumsübergang verhindern könne.²¹³ Unter ausdrücklichem Verweis auf die „geschlossene Zahl begrenzter dinglicher Rechte“ verneinte das RG jedoch den dinglichen Charakter der Anwartschaft, so dass eine Übertragung auf einen Dritten mit der Folge, dass dieser bei Bedingungseintritt ohne Durchgangserwerb des Vorbehaltskäufers direkt Eigentümer werde, nur mit Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers möglich sei.²¹⁴

Der BGH hat diese Auffassung bekanntlich aufgegeben²¹⁵ und das Anwartschaftsrecht als vollwertiges dingliches Recht („wesensgleiches minus zum Eigentum“²¹⁶) etabliert. In Kürze geschildert, verlief die Rechtsentwicklung wie folgt: Zunächst ließ der BGH eine Übertragung des Anwartschaftsrechts auch ohne Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers zu, mit der Folge, dass das Eigentum bei Bedingungseintritt direkt auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts übergeht.²¹⁷ Klarstellend führte der BGH später aus, die Übertragung des Anwartschaftsrechts richte sich nach den gleichen Grundsätzen wie die Übertragung des Volleigentums.²¹⁸ Die „weitgehende Gleichstellung von Eigentum und Anwartschaft“ bewirke, so heißt es in einem späteren Urteil, dass sich der Haftungsver-

gilt (siehe nur BGHZ 20, 88, 99), ging lediglich von obligatorischen Wirkungen der Anwartschaft aus; vgl. v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, Bd. I (1910), S. 183.

²¹³ RGZ 66, 344, 349; 67, 20, 21. Diese Urteile zeigen, dass das Argument, die Erwähnung des Eigentumsvorbehalts in § 449 BGB (bzw. § 445 BGB a. F.) legitimierte die dingliche Wirkung des Anwartschaftsrechts (in diese Richtung z. B. *Baur/Stürner*, Sachenrecht¹⁸ (2009), S. 776), nicht stichhaltig ist. Die Wirkung des Eigentumsvorbehalts könnte ohne Widerspruch zu § 449 BGB ohne weiteres auf das Verhältnis zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer beschränkt werden.

²¹⁴ RGZ 140, 223, 228 f.

²¹⁵ In BGHZ 10, 69, 72 war der BGH allerdings zunächst noch der Auffassung des RG gefolgt.

²¹⁶ Ständige Rechtsprechung; erstmals BGHZ 28, 16, 21.

²¹⁷ BGHZ 20, 88, 98–101. Die Begründung, der Anwartschaftsberechtigte, dessen kaufrechtlicher Erfüllungsanspruch bereits durch die Einräumung des Anwartschaftsrechts erloschen sei, könne nicht schlechter gestellt werden als der Käufer, dem noch kein Eigentum übertragen worden ist und der seinen Anspruch aus § 433 Abs. 1 BGB ohne Zustimmung des Verkäufers abtreten kann (aaO., S. 100), stellt indes eine *petitio principii* dar. Dass die Einräumung des Anwartschaftsrechts bereits als Erfüllung des Kaufvertrags gelten kann, beruht auf der weitgehenden Gleichstellung von Anwartschaft und Eigentum, die auf diese Weise erst begründet werden soll. Zudem zeigt § 399 Alt. 2 BGB, demzufolge die Übertragbarkeit des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB – anders als die Übertragbarkeit des Eigentums (§ 137 S. 1 BGB) – mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden kann, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen der Übertragung von Forderungen und Sachen besteht.

²¹⁸ BGHZ 28, 16, 21 f. (infolgedessen könne ein Warenlager, an dessen Bestandteilen teils Eigentum, teils ein Anwartschaftsrecht besteht, einheitlich übertragen werden; anders noch BGHZ 21, 52, 57 f.). Auch RGZ 140, 223, 229 hatte – allerdings zur Begründung der gegenteiligen dogmatischen Schlussfolgerung – schon davon gesprochen, dass sich die Übertragung des Anwartschaftsrechts in den Formen vollziehe, die für die Übertragung des dinglichen Rechts selbst vorgeschrieben sind.

band der Hypothek gemäß § 1120 BGB auch auf das Anwartschaftsrecht an Zubehörteilen erstrecke.²¹⁹ Den letzten Schritt zur Aufwertung der Anwartschaft zum vollwertigen dinglichen Recht vollzog der BGH, indem er aussprach, nach Übertragung des Anwartschaftsrechts auf einen Dritten seien der Vorbehaltsverkäufer und der Vorbehaltskäufer nicht mehr in der Lage, die Voraussetzungen des endgültigen Eigentumsübergangs ohne Zustimmung des Dritten zu ändern.²²⁰

Auf den ersten Blick scheint diese Rechtsentwicklung, ebenso wie das mit dem Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers verwandte Sicherungseigentum²²¹, als Durchbrechung des *numerus clausus* der dinglichen Rechte²²² das oben identifizierte Regulierungsziel des BGB-Gesetzgebers, ein ungeteiltes Eigentum zu schaffen, zu durchkreuzen. Ob dies allerdings tatsächlich so ist, lässt sich nur klären, wenn man die Gründe der Rechtsprechung für diese Rechtsfortbildungen sowie die faktischen Auswirkungen, die die Anerkennung eines dinglichen Anwartschaftsrechts mit sich bringt, in den Blick nimmt.

Wie oben ausgeführt, verfolgt der *numerus clausus* der dinglichen Rechte als Regulierungsinstrument die Ziele, die Entstehung eines „geteilten Eigentums“ zu verhindern und damit die Verkehrsfähigkeit insbesondere von Immobilien zu sichern, indem hold up-Konstellationen, in denen effiziente Gütertransfers aufgrund von mit Eigentumspositionen verbundenen Privilegien unterbleiben, verhindert werden.²²³ Der BGH stützt aber die Anerkennung eines dinglichen Anwartschaftsrechts an beweglichen Sachen ebenfalls auf Erwägungen, die die wirtschaftliche Nutzung und Verkehrsfähigkeit von Sachen betreffen.²²⁴ Ein selbstständig übertragbares Anwartschaftsrecht sei insbesondere deshalb gebo-

²¹⁹ BGHZ 35, 85, 88–91.

²²⁰ BGHZ 75, 221, 227. Ausdrücklich offen gelassen hat der BGH, aaO. S. 229 die Frage, welche Folgen die vollständige Aufhebung des Kaufvertrags auf das bereits übertragene Anwartschaftsrecht hat; für den Fall, dass die Aufhebung anstelle eines Rücktritts- oder Vertragsauflösungsrechts gewählt wird, sei – so der BGH – wohl keine unberechtigte Verfügung i. S. v. § 185 BGB anzunehmen. Nach BGHZ 92, 280, 290 f. ist jedenfalls eine Enthftung des Anwartschaftsrechts aus dem Haftungsverband der Hypothek (§ 1120 BGB) durch Aufhebung des Anwartschaftsrechts zwischen Käufer und Verkäufer ohne Zustimmung des Grundpfandgläubigers möglich.

²²¹ Das Sicherungseigentum wird insbesondere deshalb häufig als Durchbrechung des *numerus clausus* problematisiert, weil es im Ergebnis die Schaffung eines im Gesetz (vgl. §§ 1205 f. BGB) nicht vorgesehenen „besitzlosen Pfandrechts“ ermöglicht; siehe z. B. *Baur/Stürmer*, Sachenrecht¹⁸ (2009), S. 774; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 24; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts (1930), S. 432 f.; *Wilhelm*, Sachenrecht⁴ (2010), S. 8 f. Allerdings hat der BGB-Gesetzgeber das Sicherungseigentum – anders als das dingliche Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers – „bewusst toleriert“; siehe *Gaul*, AcP 168 (1968), 351, 357–361 (mit ausführlichen Belegen aus den Gesetzesmaterialien), weswegen hier nicht das Sicherungseigentum, sondern das – unter dem Gesichtspunkt des *numerus clausus* – problematischere Anwartschaftsrecht untersucht wird.

²²² Das Anwartschaftsrecht als Durchbrechung des *numerus clausus* deutend etwa *Oechsler*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 929 Rn. 18; *Wiegand*, in: FS Kroeschell (1987), S. 623, 624, 641; *Wilhelm*, Sachenrecht⁴ (2010), S. 904.

²²³ Siehe oben S. 129 ff.

²²⁴ Von dem hier diskutierten Anwartschaftsrecht an beweglichen Sachen ist insbesondere

ten, um dem Anwartschaftsberechtigten ein Kreditsicherungsmittel an die Hand zu geben bzw. ganz allgemein die Nutzung des in der Anwartschaft verkörperten gegenwärtigen Vermögenswertes zu ermöglichen.²²⁵ Auch den Gleichlauf der Übertragung von Anwartschaftsrecht und Eigentum leitet der BGH aus einem Verweis auf die „Interessen des Wirtschaftslebens“ bzw. „wirtschaftspolitische Gründe“, nämlich das Bedürfnis der Industrie, Warenlager als Kreditsicherungsmittel einzusetzen, her.²²⁶ In gleicher Weise, nämlich unter Hinweis auf die Bedürfnisse der Kreditsicherung und die gesetzliche Rangfolge der Sicherungsrechte, begründet der BGH den Einbezug des Anwartschaftsrechts an Zubehörstücken in den Haftungsverband der Hypothek.²²⁷ Schließlich bemüht der BGH erneut die „Interessen des Wirtschaftslebens“, konkret die Möglichkeit, Anwartschaftsrechte als Kreditsicherungsmittel einzusetzen, um zu begründen, dass das Anwartschaftsrecht vollständig verdinglicht sei, nämlich nach seiner Übertragung auf einen Dritten gegen Änderungen des zugrunde liegenden Kaufvertrags geschützt sei.²²⁸ Die Zulassung des dinglichen Anwartschaftsrechts erfolgte also selbst aus regulatorischen Erwägungen; es ging um die Verbesserung des Kreditzugangs, namentlich für die produzierende Industrie. Ein Blick auf die umfangreiche rechtsdogmatische Kritik an der Anerkennung des dinglichen Anwartschaftsrechts²²⁹ belegt, dass es dem BGH nicht vorrangig um die Systemstimmigkeit ging, und unterstreicht damit die regulatorische Motivation der Rechtsprechung.

Die Regulierungsintention des BGH war also nicht auf eine Wiedereinführung des geteilten Eigentums gerichtet. Auch in der Praxis gewährt das dingliche Anwartschaftsrecht keine hold up-Position und führt daher nicht zur Gefährdung der Verkehrsfähigkeit beweglicher Sachen oder zur Etablierung ständischer Gesellschaftsstrukturen, wie es beim geteilten Eigentum im Feudalrecht der Fall war. Inwieweit die Anerkennung des Anwartschaftsrechts allerdings eine *Verbesserung* der Kreditversorgung des produzierenden Gewerbes bewirkt hat, ist eine andere Frage, die allein empirisch geklärt werden kann.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Anerkennung eines dinglichen Anwartschaftsrechts nicht in Widerspruch zu dem ultimativen regulatorischen Ziel des ungeteilten Eigentums, die Verkehrsfähigkeit der Vermögensgegenstände zu erhalten, steht. Ob sie mit dem „regulatorischen Zwischenschritt“, dem *numerus clausus* der dinglichen Rechte, konfligiert, hängt von dessen genauer Definition ab. In seinem Kernbereich stellt der *numerus clausus* eine Be-

die Frage zu unterscheiden, ob dem Auflassungsempfänger ein Anwartschaftsrecht zusteht; dagegen insbesondere *Mülberty*, AcP 202 (2002), 912, 923–931.

²²⁵ BGHZ 20, 88, 98 f.

²²⁶ BGHZ 28, 16, 25.

²²⁷ BGHZ 35, 85, 89–91.

²²⁸ BGHZ 75, 221, 227.

²²⁹ Siehe beispielhaft *Eichenhofer*, AcP 185 (1985), 162 ff.; *Marotzke*, Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? (1977), S. 27–44; *Mülberty*, AcP 202 (2002), 912 ff.

schränkung der Privatautonomie der *Parteien* dar, denen es verwehrt wird, selbstständig neue dingliche Rechte zu kreieren. Damit ist aber nicht notwendig ein Verbot der *richterlichen* Rechtsfortbildung im Sachenrecht verbunden,²³⁰ denn dies würde bedeuten, „das Sachenrecht auf dem Stand des Jahres 1900 gewissermaßen einfrieren zu lassen und jede Rechtsentwicklung zu hemmen“²³¹. Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist durch die Rechtsprechung inzwischen ähnlich detailliert ausgeformt wie die gesetzlich geregelten dinglichen Rechte. Ein Widerspruch zum *numerus clausus* oder zum Prinzip des ungeteilten Eigentums besteht daher nicht. Vielmehr erweist sich das Anwartschaftsrecht selbst als ein eigenständiger Akt der Regulierung zur Verbesserung der Verkehrsfähigkeit von Gütern.

2. Regulierung zur Gewährleistung der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern

Neben der soeben behandelten endgültigen Überwindung der mittelalterlichen Feudal- und Ständegesellschaft war es ein wesentliches Regulierungsziel des historischen BGB-Gesetzgebers, mittels des ungeteilten Eigentums die Verkehrsfähigkeit des (Grund-)Eigentums herzustellen bzw. zu erhalten. In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, dass die Sicherung der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern ein grundlegendes Ziel des gesamten BGB-Sachenrechts ist, das der Gesetzgeber mit einer Vielzahl von Instrumenten verfolgt hat.

Neben dem ungeteilten Eigentum und dem *numerus clausus* der dinglichen Rechte ist insbesondere die bereits erwähnte²³² unbeschränkbare Verfügungsbefugnis zu nennen, die als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips der Güterzuordnung verstanden werden kann. Der Fortbestand des Lehensrechts und der Familienfideikomisse stellte allerdings das Grundprinzip, demzufolge es keine dem Rechtsverkehr entzogenen Gegenstände geben soll, infrage. Schließlich dienen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb ebenfalls maßgeblich dem Schutz der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern.

a. Güterzuordnung und Verfügungsfreiheit

Nach der Vorstellung des historischen BGB-Gesetzgebers besteht die Besonderheit des Sachenrechts darin, „die rechtlichen Beziehungen der Person zur Sache“ zu regeln.²³³ Damit das Sachenrecht diese Aufgabe erfüllen kann, die ebenso grundlegend für jede rechtsdogmatische Theorie des Sachenrechts wie für jede volkswirtschaftliche Funktionszuschreibung – etwa Sachenrecht als Instrument

²³⁰ *Canaris*, in: FS Flume (1978), S. 321, 376. Ähnlich auch *Liebs*, AcP 175 (1975), 1, 26 f., 35 (zu § 137 BGB).

²³¹ *L. Raiser*, Dingliche Anwartschaften (1961), S. 55.

²³² Siehe oben S. 130 bei Fn. 201.

²³³ Mot. III, S. 1.

effizienter Ressourcenallokation²³⁴ – ist, bedarf es klarer Prinzipien der Güterzuordnung bzw. „Rechtszuständigkeit“²³⁵. Die Eindeutigkeit der Güterzuordnung kann nicht nur faktisch durch eine Rechtszersplitterung beeinträchtigt werden, wie sie etwa die gestuften Eigentumsverhältnisse im mittelalterlichen Feudal- und Ständerecht bewirkten.²³⁶ Vielmehr bedarf es bereits auf einer vorgelagerten Ebene einer Festlegung, welche Typen von Rechtszuständigkeit das Sachenrecht anerkennt,²³⁷ d.h. wann jemand als Rechtsinhaber, wann als Verfügungsberechtigter anzusehen ist. Das BGB folgt dem Grundsatz, dass Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis in einer Hand vereinigt sind; Ausnahmen gelten aber beispielsweise im Erbrecht, wo etwa im Falle der Testamentsvollstreckung den Erben die Verfügungsbefugnis gemäß § 2211 Abs. 1 BGB mit dinglicher Wirkung entzogen werden kann,²³⁸ oder auch im Insolvenzrecht, wo gemäß § 80 Abs. 1 InsO mit der Verfahrenseröffnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen auf den Insolvenzverwalter übergeht. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass der gesetzlichen Fixierung der Güterzuordnung eine genuin regulatorische Intention zugrunde liegt.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist § 137 S. 1 BGB, demzufolge die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht nicht privatautonom mit dinglicher Wirkung abbedungen werden kann. Nach der Konzeption des historischen BGB-Gesetzgebers besteht ein wesentlicher Regelungszweck des § 137 S. 1 BGB²³⁹ darin, zu verhindern, dass die Rechtszuständigkeit für einen Gegenstand privatautonom aufgehoben und der Gegenstand aufgrund rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen dem Zugriff der Gläubiger entzogen wird.²⁴⁰ Die Regelung des § 137 S. 1 BGB stellt damit einen Teilausschnitt aus der gesetzlichen Fixierung der Rechtszuständigkeit dar. Zugleich weist die Regulierungsintention des Gläubigerschutzes auf die doppelte Bedeutung einer gesetzlichen Güterzu-

²³⁴ Siehe dazu und zu weiteren volkswirtschaftlichen Rechtfertigungen des Sachenrechts *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 11–21, insbesondere S. 18–20. Zur historischen Relevanz volkswirtschaftlicher Erwägungen siehe oben S. 126, Fn. 177.

²³⁵ *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992), S. 363.

²³⁶ Siehe dazu ausführlich oben S. 122 ff. Das Thema der Zersplitterung von Eigentumsrechten spielt auch in der heutigen Entwicklungspolitik eine wichtige Rolle, siehe z.B. *de Soto*, *The Mystery of Capital* (2000), S. 47.

²³⁷ Vgl. *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992), S. 362 f.; *Liebs*, AcP 175 (1975), 1, 26 (Schutz der „gesetzlich fixierten Rechtszuständigkeiten“ durch § 137 BGB); siehe auch Mot. III, S. 77: „Der vorliegende Entwurf geht davon aus, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse eine allgemeine Wahrheit ist, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat. Dingliche Rechte können daher nur nach Maßgabe besonderer Vorschriften begründet werden.“

²³⁸ Siehe zum Ganzen BGHZ 56, 275, 278 f.

²³⁹ Ein weiterer wichtiger Regelungszweck des § 137 S. 1 BGB besteht aus Sicht des historischen BGB-Gesetzgebers in der Absicherung des numerus clausus dinglicher Rechte, vgl. Prot. I 3625 f. bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), *Die Beratung des BGB: Sachenrecht*, Bd. I (1985), S. 227; ausführlich dazu *Liebs*, AcP 175 (1975), 1, 17. Siehe auch bereits oben S. 130 mit Fn. 201.

²⁴⁰ Siehe die verkürzte Darstellung bei Mot. III, S. 77 sowie die ausführliche Herleitung aus den Materialien bei *Liebs*, AcP 175 (1975), 1, 15–22.

ordnung hin: Die eindeutige rechtliche Zuordnung von Vermögensgegenständen zu Personen ist nicht nur Grundvoraussetzung für privatautonome Gütertransfers, sondern sichert auch den staatlichen Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung. Selbst dort, wo die Rechtsordnung ausnahmsweise in Abkehr von dem § 137 S. 1 BGB zugrunde liegenden Prinzip²⁴¹ eine privatautonome Beschränkung der Verfügungsbefugnis zulässt (siehe insbesondere § 399 Alt. 2 BGB), sorgen Spezialregelungen wie § 851 Abs. 2 ZPO²⁴² dafür, dass die Zwangsvollstreckung möglich bleibt. Die Eindeutigkeit der Güterzuordnung dient also nicht vorrangig dem betroffenen Rechtsträger, sondern vielmehr dem Funktionieren des wirtschaftlichen Verkehrs insgesamt. In Abgrenzung zu historischen Vorbildern, insbesondere des preußischen Allgemeinen Landrechts²⁴³, stellte die gesetzliche Fixierung der Rechtszuständigkeit als solche einen regulatorischen Akt dar. Damit sollte, vor dem Hintergrund der historischen Erfahrung mit dem Feudal- und Ständerecht, eine Verringerung der Menge der Rechtsgüter (insbesondere der Grundstücke) verhindert werden.²⁴⁴ Zugleich kann man durch die Betonung des Schutzes der Zwangsvollstreckung auf einen weiteren Regulierungszweck schließen: Eine eindeutige Rechtszuständigkeit ist die Grundvoraussetzung dafür, den Inhaber einer Rechtsposition – etwa den Eigentümer einer Sache – verantwortlich zu halten. Dies gilt nicht nur für die Befriedigung von vermögensmäßigen Forderungen, sondern auch für Sachgefahren und andere Auswirkungen (etwa die Verletzung vorrangiger Rechte) des dem Rechtsinhaber zugeordneten Gegenstands.²⁴⁵

²⁴¹ Rechtsdogmatisch ist umstritten, inwieweit § 399 Alt. 2 BGB im technischen Sinne eine Ausnahme zu § 137 S. 1 BGB darstellt; dies verneinend die h. M. unter Berufung auf Protokolle der 2. Kommission, Bd. III (1899), S. 257; ausführlich dazu *E. Wagner*, AcP 194 (1994), 451 ff. m. w. N., der selbst die Gegenthese vertritt. Fraglos handelt es sich aber um eine Ausnahme vom Prinzip der freien Übertragbarkeit von Rechtsgütern.

²⁴² Die Regelung des § 851 Abs. 2 ZPO geht auf die Beratungen der Zweiten Kommission zum heutigen § 399 Alt. 2 BGB zurück, siehe Protokolle der 2. Kommission, Bd. I (1897), S. 384 f.

²⁴³ Siehe nur ALR I 4 § 15, der lautete: „Nicht nur durch Natur oder Gesetz, sondern auch durch rechtliche Privatverfügungen können Sachen dem Verkehr entzogen werden.“

²⁴⁴ Vgl. *Liebs*, AcP 175 (1975), 1, 19.

²⁴⁵ Problematisch ist vor diesem Hintergrund die Treuhand, die nach h. M. unter bestimmten Voraussetzungen dazu führt, dass ein Dritter (der Treugeber) den Zugriff auf einen Gegenstand (das Treugut), welcher im alleinigen Eigentum des Treuhänders steht, im Wege der Drittwiderspruchsklage gemäß § 771 ZPO bzw. der Aussonderung gemäß § 47 InsO verhindern kann; vgl. statt aller *Wieling*, Sachenrecht² (2006), S. 822–825. Laut BGHZ 155, 227, 232 f. besteht die Treuhand aus einer schuldrechtlichen und einer dinglichen Komponente. Um die Eindeutigkeit der Rechtszuständigkeit zu gewährleisten, will der BGH, aaO., S. 233 f. darauf abstellen, dass der Erwerb einer Sache durch den Treuhänder vom Treugeber wegen der Treuhandabrede „lediglich mit einem sehr begrenzten Vermögenszuwachs verbunden“ sei. Dagegen könne eine bereits im Volleigentum des Treuhänders stehende Sache nicht durch eine nachträgliche schuldrechtliche (Treuhand-)Vereinbarung – die nicht zu einem Eigentumsübergang führt – dem Zugriff der Gläubiger des Treuhänders entzogen werden.

Auf dieses Grundprinzip zwingender gesetzlicher Rechtszuständigkeit setzt die Regelung des § 137 S. 1 BGB auf; ihre ratio ist umstritten.²⁴⁶ Die h. M. sieht den Schutz der Verkehrsfähigkeit von Gegenständen als Hauptzweck des § 137 S. 1 BGB.²⁴⁷ Diese Charakterisierung ist allerdings im Detail nicht sehr aussagekräftig. So wird etwa eingewandt, dass die Verkehrsfähigkeit von Gütern rechtsgeschäftlich gar nicht beeinträchtigt werden könne, weil ein auf vertraglicher Vereinbarung beruhendes Übertragungshindernis jederzeit durch eine Vertragsänderung wieder aufgehoben werden könne.²⁴⁸ Man muss deshalb differenzieren: Der regulatorische Zweck des § 137 S. 1 BGB besteht nicht darin, den Güterumsatz zu steigern. Ebenso wie ein Rechtsinhaber aufgrund seiner Privatautonomie dauerhaft darauf verzichten darf, sein Recht zu veräußern, kann er sich auch zu einem solchen Verzicht verpflichten (vgl. § 137 S. 2 BGB). Allerdings ermöglicht § 137 S. 1 BGB es dem Rechtsinhaber, unter Verstoß gegen eine derartige Verpflichtung trotzdem über den Gegenstand zu verfügen,²⁴⁹ was bei einer dinglich wirkenden Veräußerungsbeschränkung nur unter den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs (vgl. § 135 Abs. 2 BGB, Art. 61 EGBGB) möglich gewesen wäre. Diese Konsequenz ist teilweise als Ausdruck des Schutzes der persönlichen Freiheit gedeutet worden;²⁵⁰ historisch liegt es aber wohl näher, darin einen Schutz der freien Zirkulationsfähigkeit von Wirtschaftsgütern zu sehen.²⁵¹ Auf dieser Linie liegt auch die Entscheidung des BGH, derzufolge es keine Umgehung des § 137 S. 1 BGB darstellt, ein vertragliches Weiterverfügungsverbot dinglich zu sichern, indem für den Fall der vertragswidrigen Weiterverfügung ein Rücktrittsrecht vereinbart und für den zukünftigen Rückübereignungsanspruch

²⁴⁶ Umfassender Überblick bei *Kohler*, in: Staudinger (2011), § 137 Rn. 3–11 m. w. N.

²⁴⁷ So etwa BGHZ 40, 115, 118; 56, 275, 278 f.; *Abrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB¹⁰ (2015), § 137 Rn. 1; *Armbrüster*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), § 137 Rn. 4; *Kohler*, in: Staudinger (2011), § 137 Rn. 6; *E. Wagner*, AcP 194 (1994), 451, 468–472.

²⁴⁸ *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 73 f.

²⁴⁹ Deshalb hat der BGH ausgesprochen, dass auch durch letztwillige Verfügung die Verfügungsmöglichkeit nicht ausgeschlossen werden kann, so dass alle Erben gemeinsam (ggf. zusammen mit dem Testamentsvollstrecker) auch gegen eine ausdrückliche Erblasseranordnung verstoßend verfügen können; BGHZ 56, 275, 281.

²⁵⁰ Siehe insbesondere *Baur*, JZ 1961, 334, 335: „[§ 137 BGB] ist vielmehr Ausdruck des Gedankens, daß die freie Verfügung über das Vermögen unabdingbares Attribut der Rechtsperson ist. Er fällt damit in den Bereich der ‚unantastbaren Menschenwürde‘ (Art. 1 I GG) und des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Ihr widerspräche es, könnte sich jemand einem anderen gegenüber mit ‚dinglicher‘ Wirkung der Verfügungsmacht über sein Vermögen begeben; das Ergebnis wäre eine teilweise Sklaverei, nämlich in vermögensrechtlicher Hinsicht.“; ähnlich *Weitnauer*, in: FS F. Weber (1975), S. 429, 433; wohl auch BayObLG NJW 1978, 700, 701.

²⁵¹ Vgl. die Debatte zur Änderung von § 3 Abs. 3 TE-OR (eine Regelung, die – anders als § 399 Alt. 2 BGB – die Ausschließung der Übertragbarkeit auch von Forderungen für wirkungslos erklärt hätte), in der vor allem praktisch-wirtschaftliche Gründe für die freie Zirkulationsfähigkeit angeführt wurden; Prot. I, S. 1278 f. bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Schuldrecht, Bd. I (1978), S. 771 f.

eine Vormerkung eingetragen wird.²⁵² Eine solche Vormerkung bewirkt – ebenso wie die Übereignung beweglicher Sachen unter der Resolutivbedingung einer vertragswidrigen Weiterverfügung – nicht, dass die Sache dem Rechtsverkehr entzogen ist;²⁵³ im Falle einer Weiterverfügung geht sie nur nicht auf den Verfügungsempfänger über, sondern fällt an den vorherigen Eigentümer zurück.²⁵⁴

Während also die Einführung einer der *Privatautonomie* entzogenen Güterzuordnung und grundsätzlichen Verfügungsfreiheit Akte der Regulierung waren,²⁵⁵ handelt es sich bei der Ausgestaltung im Einzelnen meist nicht um die Durchsetzung eines regulatorischen Ziels, sondern um einen standardisierten Interessenausgleich.²⁵⁶ Die Änderung solcher Standards hat allerdings bisweilen wiederum eine politisch-regulierende Dimension.

Ein anschauliches Beispiel dafür bietet die Rechtsentwicklung hinsichtlich des privatautonom vereinbarten Zessionsverbots. Der historischen BGB-Gesetzgeber erließ § 399 Alt. 2 BGB, der einen vertraglichen Ausschluss der Übertragbarkeit einer Forderung ermöglicht.²⁵⁷ Diese Regelung beruht auf einer Abwägung der Schuldnerinteressen mit den Interessen des Gläubigers, die Forderung zur Kreditsicherung oder Refinanzierung einsetzen zu können. Die historischen Gesetzesverfasser hatten allerdings recht spezielle Schuldnerinteressen vor Augen: So ist in den Protokollen der 2. Kommission die Rede von Schadensregulierungsforderungen gegen Versicherungen, den „Retour-, Rundreise- und Abonnements-Karten der Eisenbahnen“ sowie von Depotscheinen der Reichsbank.²⁵⁸

²⁵² BGHZ 134, 182, 186 f. Zuvor schon BayObLG NJW 1978, 700, 701; Kohler, DNotZ 1989, 339 ff.; a. A. etwa Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 363; Timm, JZ 1989, 13, 21 f.

²⁵³ Auch bei der Treuhand ist die Sache nicht dem Rechtsverkehr entzogen; siehe dazu auch oben S. 138, Fn. 245.

²⁵⁴ Selbstverständlich kann nicht unter der auflösenden Bedingung verfügt werden, dass der Erwerber insolvent wird oder in den Gegenstand der Verfügung die Zwangsvollstreckung stattfindet (so die Bedenken von Flume, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 363 gegen die Zulassung einer Resolutivbedingung). Die Nichtigkeit derartiger Bedingungen folgt aber nicht aus § 137 S. 1 BGB, sondern aus § 138 Abs. 1 BGB; Kohler, DNotZ 1989, 339, 352.

²⁵⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass die Güterzuordnung keinerlei hoheitlichen oder gesetzlichen Beschränkungen unterworfen sein sollte. Neben den bereits genannten Beispielen aus dem Erbrecht und Insolvenzrecht zeigt sich dies insbesondere an den §§ 135, 136 BGB.

²⁵⁶ Ein Beispiel ist der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit des Nießbrauchs (§ 1059 BGB); vgl. Schön, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 238: „Das ist kein systematisches Gebot, erst recht keine begriffliche Qualität des Nießbrauchs, sondern eine positivistische Grundentscheidung des Gesetzgebers.“ Die Begrenztheit dieser Entscheidung zeigt sich bereits daran, dass auch juristische Personen Nießbraucher sein können (diese Regelung geht auf die 2. Kommission zurück; siehe Protokolle der 2. Kommission, Bd. III (1899), S. 411 f.). Durch die spätere Einführung der §§ 1059a ff. BGB, die im Falle juristischer Personen oder rechtsfähiger Personengesellschaften die Übertragung des Nießbrauchs zulassen, wurde der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit weiter durchlöchert; vgl. Schön, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 238–240.

²⁵⁷ Diese Regelung war während des Gesetzgebungsverfahrens umstritten; die heutige Fassung des § 399 Alt. 2 BGB geht im Wesentlichen auf die Vorkommission des Reichsjustizamtes zurück; siehe ProtRJA, S. 254 bei Jakobs/Schubert (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Schuldrecht, Bd. I (1978), S. 774.

²⁵⁸ Protokolle der 2. Kommission, Bd. I (1897), S. 384.

Nachdem in der Praxis allerdings nicht nur diese Schuldner von der Beschränkungsmöglichkeit Gebrauch machten, sondern nahezu alle Großunternehmen in ihren Einkaufsbedingungen die Abtretbarkeit der Forderungen aus Warenlieferungen und Dienstleistungen generell ausgeschlossen hatten,²⁵⁹ wurde 1994 die Regelung des § 354a (Abs. 1 n.F.) HGB erlassen, die für den unternehmerischen Geschäftsverkehr die Abtretung von Geldforderungen trotz vereinbarten Abtretungsausschlusses ermöglicht. Damit sollte insbesondere dem Mittelstand das Factoring ermöglicht werden.²⁶⁰ Damit handelt es sich um ein volkswirtschaftliches Ziel, das über den Interessenausgleich hinausgeht. Zum Schutz der (gewerblichen!) Kreditschuldner vor der Abtretung ihrer Geldforderungen durch kreditgebende Banken wurde 2008 in Reaktion auf die Finanzkrise ein wesentlicher Anwendungsfall durch § 354a Abs. 2 HGB wieder von der Begünstigung ausgenommen;²⁶¹ insoweit hat der Gesetzgeber den standardisierten Interessenausgleich verändert. Allerdings ermöglicht § 22d Abs. 4 S. 1 KWG (von 2005) den Banken weiterhin, Forderungen trotz eines mündlichen oder konkludenten Abtretungsausschlusses zu Refinanzierungszwecken in ein Refinanzierungsregister einzutragen und anschließend etwa an Zweckgesellschaften zu übertragen,²⁶² die dann ihrerseits an beliebige Dritte weiterverfügen können.²⁶³ Diese Rechtsentwicklung zeigt, dass nicht nur die Grundentscheidung für eine zwingende Güterzuordnung regulierenden Charakter hat, sondern häufig auch ihre Ausgestaltung im Einzelfall auf wirtschaftspolitischen Gründen beruht – und damit regulatorisch ist.

b. Fortbestand des Lebensrechts und der Familienfideikommisse

Der Grundsatz der strikten Güterzuordnung wurde allerdings vom historischen BGB-Gesetzgeber selbst nicht konsequent umgesetzt. Im EGBGB ließ er eine Vielzahl historisch überkommener Rechtsinstitute des Landesrechts weiterhin zu; insbesondere durch Art. 59 EGBGB²⁶⁴, demzufolge die nach landesgesetz-

²⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 12/7912, S. 24.

²⁶⁰ BT-Drucks. 12/7912, S. 25.

²⁶¹ Nach der Gesetzesbegründung soll es allerdings möglich sein, die Abtretung der Unternehmenskredite an bestimmte Zessionare (etwa Zentralbanken) vertraglich zuzulassen, siehe BT-Drucks. 16/9821, S. 11.

²⁶² Das Erfordernis eines schriftlichen Abtretungsausschlusses begründete der Entwurf damit, die Regelung solle „für die an den Finanzmärkten unabdingbare Rechtssicherheit [V] sorgen“; BT-Drucks. 15/5852, S. 20. Damit reagierte der Gesetzgeber auf das Urteil OLG Frankfurt NJW 2004, 3266, demzufolge aus dem Bankgeheimnis ein konkludenter Abtretungsausschluss i.S.v. § 399 Alt. 2 BGB folge. BGHZ 171, 180, 184 f. hat dieser Ansicht aber – nach Erlass von § 22d Abs. 4 S. 1 KWG – die Grundlage entzogen.

²⁶³ BT-Drucks. 15/5852, S. 20; *Fleckner*, WM 2007, 2272, 2279.

²⁶⁴ Art. 59 EGBGB ist formell dadurch außer Kraft getreten, dass er im Zuge der Rechtsbereinigung nicht in das BGBl. III aufgenommen wurde; allerdings wurde Art. 59 im Zuge der Neubekanntmachung des EGBGB vom 21.09.1994, BGBl. I, S. 2494 wieder abgedruckt, womit aber kein Wieder-Inkrafttreten verbunden ist; *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 1.

lichen Vorschriften bestehenden Lehen und Familienfideikommisse unberührt blieben. Aufgrund dieser Regelung existierten auch nach Inkrafttreten des BGB Rechtsinstitute, die in Abweichung von § 137 S. 1 BGB bestimmte Sachen – insbesondere Grundbesitz²⁶⁵ – von der Verkehrsfähigkeit ausnahmen.

Dies betraf zunächst das bereits erwähnte Lehenswesen.²⁶⁶ Die meisten Lehen waren allerdings bereits im Laufe des 19. Jahrhunderts aufgelöst („allodifiziert“²⁶⁷) worden.²⁶⁸ Im Zuge der Allodifizierung wurden viele Lehen in Fideikommisse umgewandelt.²⁶⁹ Die Lehen selbst hatten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BGB keine praktische Bedeutung mehr;²⁷⁰ ihre Auflösung richtete sich in der Folgezeit zumeist nach den Vorschriften über die Abschaffung der Fideikommisse, auf denen im Folgenden der Schwerpunkt liegen soll.

Ganz anders war die Bedeutung der Familienfideikommisse bei Inkrafttreten des BGB. Das Familienfideikommis war ein zu einer rechtlichen Einheit verbundenes Sondervermögen, das aufgrund gesetzlicher Ermächtigung durch einen privaten Stiftungsakt für unveräußerlich erklärt wurde, um für eine bestimmte Familie dauerhaft erhalten und in einer von vornherein bestimmten Folgeordnung (zumeist nach dem Gesetz der Primogenitur) vererbt zu werden.²⁷¹ Die Möglichkeit, Familienfideikommisse zu errichten, war historisch zunächst dem (hohen) Adel vorbehalten gewesen, später entwickelte sich das Familienfideikommis dann zu einem Institut des gemeinen Rechts, das einer größeren Anzahl an Familien offenstand,²⁷² und löste nach und nach das Lehenswesen in seiner Bedeutung ab.²⁷³ Der Vorbehalt des Art. 59 EGBGB führte dazu, dass auch nach Inkrafttreten des BGB noch neue Familienfideikommisse nach Landesrecht errichtet werden konnten. Während es im Jahr 1921 in Preußen nur noch

²⁶⁵ Fideikommisse waren allerdings nicht auf Grundvermögen beschränkt, so gab es etwa auch reine Geld-Fideikommisse; *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 11.

²⁶⁶ Siehe oben S. 123.

²⁶⁷ Von „allod“ = ganz eigen, siehe *Grimm / Grimm* (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch (1854), s. v. allod.

²⁶⁸ Überblick bei *Deter*, ZRG RA 130 (2013), 205, 216–218; siehe auch *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 3, 34–37 (für Preußen); *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III (1976), S. 44, 93–98 (für Bayern).

²⁶⁹ *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 13 f.

²⁷⁰ *Planck*, BGB³ (1905), EGBGB Art. 59 Anm. 3: „ein absterbendes Institut“.

²⁷¹ So die Definition bei *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 23. Ausführlich *Lewis*, Das Recht des Familienfideicommisses (1868), S. 36–175.

²⁷² *Lewis*, Das Recht des Familienfideicommisses (1868), S. 40–42.

²⁷³ *Planck*, BGB³ (1905), EGBGB Art. 59 Anm. 2. *Johow* hob 1878 hervor, das Familienfideikommis sei nicht „ein halbvergessener Rest vom Rechte vergangener Zeiten, sondern [ein] Sieger im Kampfe mit den mächtigsten politischen Strömungen der letzten 100 Jahre“; *Johow*, Sachenrecht und Erbrecht. Familienfideikommis (Stammgutstiftung). Vorschlag des Redaktors des Sachenrechts, bei: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren: Sachenrecht, Bd. III (1982), S. 1029.

ungefähr 100 Lehen gab,²⁷⁴ existierten in den Jahren 1915–1918 dort noch 1348 Familienfideikommisse, darunter 37 Neugründungen.²⁷⁵ In der sozialen Wirklichkeit spielten die Familienfideikommisse insbesondere deshalb eine wichtige Rolle, weil ein erheblicher Anteil des Bodens fideikommissarisch gebunden war – im Jahr 1912 bis zu 17,3 % der Gesamtfläche des Staates (so in der Provinz Schlesien).²⁷⁶ Diese Zahlen zeigen, dass es sich bei den Familienfideikommissen nicht um eine zu vernachlässigende Übergangserscheinung, sondern um eine bedeutende Durchbrechung des Grundsatzes von § 137 S. 1 BGB²⁷⁷ handelte.

Das Recht der (deutschrechtlichen²⁷⁸) Familienfideikommisse war vor allem gewohnheitsrechtlich überliefert;²⁷⁹ in seinem Mittelpunkt stand der Grundsatz der *successio ex pacto et providentia maiorum*, eine unveränderlich festgelegte Erbfolge in das Fideikommissvermögen,²⁸⁰ welche durch eine dinglich wirkende Unzulässigkeit der Veräußerung oder Belastung des betreffenden Vermögens abgesichert wurde.²⁸¹ Familienfideikommisse konnten durch einen Stiftungsakt errichtet werden, durch welchen ein rechtlich gebundenes Sondervermögen gebildet wurde mit dem Zweck, das Vermögen für die Familie zu erhalten.²⁸² Die Nachfolgeordnung richtete sich dabei nach dem Willen des ursprünglichen Stifters; der Nachfolger wurde nicht etwa Erbe des letzten Inhabers, sondern beerbte unmittelbar den Stifter.²⁸³ Die Rechtsstellung des Fideikommissinhabers wurde unterschiedlich beurteilt: Während dieser nach gemeinem Recht als wahrer Eigentümer angesehen wurde, der lediglich durch die dinglichen Rechte der Anwärter und die Zweckbestimmung des Gutes gebunden war, sah das preußische Allgemeine Landrecht im Fideikommissgut einen Anwendungsfall des geteilten

²⁷⁴ *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III (1976), S. 3, 37.

²⁷⁵ *Eckert*, *Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland* (1992), S. 112 mit Tab. 3. Zu den (erfolglosen) Versuchen, das preußische Fideikommissrecht in der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des BGB und dem Ende des Ersten Weltkriegs zu reformieren, siehe ebd., S. 603–692.

²⁷⁶ *Eckert*, *Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland* (1992), S. 113.

²⁷⁷ Zur Funktion des § 137 S. 1 BGB, die Bildung von Fideikommissen zu verhindern, siehe nur *Liebs*, *AcP* 175 (1975), 1, 10, 23, 25 f., 37 m. w. N.

²⁷⁸ Daneben existierte im gemeinen Recht noch das römischrechtliche Fideikommiss, das nicht auf die Familie beschränkt war und eine Vermögensbindung für höchstens vier Generationen ermöglichte; ausführlich dazu *Lewis*, *Das Recht des Familienfideicommisses* (1868), S. 3–20; *Söllner*, in: FS Kaser (1976), S. 657, 658 f. Römischrechtliche Fideikommisse können seit Inkrafttreten des BGB nicht mehr neu errichtet werden; *Planck*, *BGB*³ (1905), *EGBGB* Art. 59 Anm. 2.

²⁷⁹ Zur rechtlichen Entwicklung im *usus modernus pandectarum* siehe *Söllner*, in: FS Kaser (1976), S. 657, 662–665.

²⁸⁰ Ausführlich dazu *Lewis*, *Das Recht des Familienfideicommisses* (1868), S. 353–402.

²⁸¹ *Lewis*, *Das Recht des Familienfideicommisses* (1868), S. 102; *Planck*, *BGB*³ (1905), *EGBGB* Art. 59 Anm. 2.

²⁸² *Mayer*, in: Staudinger (2012), *EGBGB* Art. 59 Rn. 9; *Planck*, *BGB*³ (1905), *EGBGB* Art. 59 Anm. 2.

²⁸³ *Lewis*, *Das Recht des Familienfideicommisses* (1868), S. 323 f.

Eigentums, wobei dem Inhaber das Nutz Eigentum, das Obereigentum dagegen der Familie als solcher zustand (vgl. ALR II 4 §§ 72, 73).²⁸⁴

Das Fideikommiss stellt damit nicht nur den Grundsatz des ungeteilten Eigentums, sondern auch die Prinzipien der Güterzuordnung infrage – zwei Grundpfeiler im regulatorischen System des BGB-Sachenrechts.²⁸⁵ Allerdings schränkte Art. 61 EGBGB diese Durchbrechung des sachenrechtlichen Systems insoweit wieder ein, als er eine Überwindung der fideikommissarischen Bindung mittels gutgläubigen Erwerbs zuließ.²⁸⁶ Waren die Veräußerungsbeschränkungen ins Grundbuch eingetragen, schied diese Möglichkeit allerdings aus. Zudem war das gebundene Vermögen insbesondere dem Zugriff der Zwangsvollstreckung aufgrund von Forderungen gegen den Fideikommissbesitzer entzogen.²⁸⁷

Bei der Schaffung des BGB war der Umgang mit den Familienfideikommissen rechtspolitisch umstritten; Art. 59 EGBGB stellt insoweit einen Kompromiss dar. Als rechtspolitischer Befürworter trat insbesondere *Reinhold Johow*, der Redaktor des Teil-Entwurfs Sachenrecht, in Erscheinung, der das Familienfideikommiss unter dem Namen „Stammgutstiftung“ kodifizieren und in das BGB aufnehmen wollte.²⁸⁸ In seiner Vorlage aus dem Jahr 1878 beschäftigte sich *Johow* ausführlich mit den volkswirtschaftlichen, ethischen, rechtsphilosophischen, juristischen und politischen Gegenargumenten,²⁸⁹ um dann die politische Notwendigkeit der Fideikommisse wie folgt zu begründen:

Das Institut der Stammgutstiftung ist das einzige Mittel, Großgrundbesitz auf die Dauer zu erhalten. [...] [D]as Staatswesen, wie es sich in Deutschland entwickelt hat, kann [...] das volle Gedeihen nur dann finden, wenn über das Land hin eine Anzahl angesessener, hervorragend angesehener und bemittelter Existenzen verbreitet ist, deren Sinn und Verständnis von Jugend auf den öffentlichen Angelegenheiten des Kreises, der Provinz, des Staates erschlossen ist, und die deshalb in den Organen der Selbstverwaltung wie der staatlichen Gesetzgebung nicht nur mit uneigennütziger Hingebung, sondern auch mit gründlicher Kenntniß der Zustände des Landes thätig zu sein vermögen.²⁹⁰

²⁸⁴ *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommiss in Deutschland (1992), S. 96 f.

²⁸⁵ Siehe oben S. 121 ff. und S. 136 ff.

²⁸⁶ Diese Regelung geht der Sache nach auf die 1. Kommission zurück; *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommiss in Deutschland (1992), S. 580. Zum gutgläubigen Erwerb als regulatorisches Instrument zur Sicherung der Verkehrsfähigkeit ausführlich unten S. 149 ff.

²⁸⁷ *Lewis*, Das Recht des Familienfideikommisses (1868), S. 291.

²⁸⁸ Unter den Redaktoren der Vorentwürfe herrschte keine Einigkeit über die Behandlung der Familienfideikommiss. Während der für das Erbrecht zuständige *Gottfried von Schmitt* gegen eine Kodifikation war, trat der für das Sachenrecht zuständige *Johow* für die reichsgesetzliche Regelung ein und lieferte eine entsprechende Vorlage; siehe *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommiss in Deutschland (1992), S. 567–572. Österreich hatte das Familienfideikommiss 1811 in den §§ 618–646 ABGB umfassend kodifiziert.

²⁸⁹ *Johow*, Sachenrecht und Erbrecht. Familienfideikommiß (Stammgutstiftung). Vorschlag des Redaktors des Sachenrechts, bei: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren: Sachenrecht, Bd. III (1982), S. 1025–1027.

²⁹⁰ *Johow*, Sachenrecht und Erbrecht. Familienfideikommiß (Stammgutstiftung). Vorschlag des Redaktors des Sachenrechts, bei: *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren: Sachenrecht, Bd. III (1982), S. 1028.

Das Zitat verdeutlicht die staatstragende Funktion der Familienfideikommisse im Kaiserreich. Obwohl es sich um eine konstitutionelle Monarchie handelte, wurden hohe politische Ämter fast ausschließlich mit Adligen besetzt. Davon profitierten nicht nur die Fideikommissbesitzer selbst, sondern auch die nachgeborenen Brüder, die im monarchischen Staatswesen die Offizierskaste bildeten, sowie die Töchter, denen durch das Familienfideikommiss die Möglichkeit einer standesgemäßen Hochzeit²⁹¹ gesichert war.²⁹²

Der größte rechtspolitische Widerstand ging von den Abgeordneten *Friedrich Goldschmidt* und *Adolph Hoffmann* aus, die in der 2. Kommission den Antrag stellten, die Errichtung neuer Familienfideikommisse reichsgesetzlich zu verbieten.²⁹³ Zur Begründung beriefen sie sich auf die „kulturschädlichen Wirkungen“ der Familienfideikommisse, auf die damit einhergehende Ungerechtigkeit für die nachgeborenen Kinder, auf die von „hervorragende[n] Nationalökonom“ geltend gemachten Einwände sowie auf sittliche Bedenken betreffend die auf den Latifundien lebenden besitzlosen Arbeiter.²⁹⁴ Ihr Antrag wurde von der Mehrheit abgelehnt, die sich – ebenso wie zuvor bereits die 1. Kommission²⁹⁵ – nicht mit der politischen Frage des Fortbestandes der Familienfideikommisse auseinandersetzen wollte.²⁹⁶ Für den landesgesetzlichen Vorbehalt sprach schließlich auch, dass sich damit leichter eine Einigung der Länder erzielen ließ, die Voraussetzung für eine reichseinheitliche Kodifikation des bürgerlichen Rechts war.²⁹⁷

Der Fortbestand der Familienfideikommisse bei Inkrafttreten des BGB zeigt, dass selbst das vermeintlich systematisch geschlossene Sachenrecht Gegenstand divergierender politischer Interessen (Sicherung der Umlauffähigkeit von Vermögensgegenständen versus Sicherung der Grundlagen der Monarchie²⁹⁸) und politischer Kompromissbildung war. Das Florieren der Familienfideikommisse bis zum Ende des Ersten Weltkriegs bestätigt indirekt das Bedürfnis nach einer zwingenden gesetzlichen Regelung der Güterzuordnung, wie sie § 137 S. 1 BGB für das allgemeine Zivilrecht vorsieht: Die mit der Errichtung von Familienfideikommissen verbundene politische Macht im monarchischen Staatswesen stellte

²⁹¹ Zur Bedeutung von Ebenbürtigkeitsklauseln unter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes siehe BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 f.

²⁹² Vgl. *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 697.

²⁹³ Dazu *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 585–587.

²⁹⁴ Protokolle der 2. Kommission, Bd. VI (1899), S. 370. Die Antragsteller fügten hinzu (aaO., S. 371), die dargelegten Gründe würden sogar den weitergehenden Antrag rechtfertigen, die bestehenden Fideikommisse durch Reichsgesetz aufzuheben; ein derart weitgehender Schritt müsse aber dem Reichstag überlassen bleiben.

²⁹⁵ Dazu *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 580.

²⁹⁶ Protokolle der 2. Kommission, Bd. VI (1899), S. 371: „Die von der Minderheit aufgeworfene Frage, ob die Vortheile oder die Nachtheile des Instituts der Familienfideikommisse als überwiegend zu beachten seien, könne dahingestellt bleiben“.

²⁹⁷ Siehe *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 588–592.

²⁹⁸ Vgl. v. *Bar/Striewe*, ZNR 1981, 184, 186.

sozusagen ein rechtlich institutionalisiertes hold up-Problem²⁹⁹ dar. Adlige Familien nahmen den mit der Fideikommissbildung verbundenen ökonomischen Nachteil in Kauf, um ihre politische Stellung innerhalb der Monarchie zu sichern. Dies zeigte sich besonders deutlich, als es nach dem Ende des Kaiserreichs um die Auflösung der Familienfideikommisse ging. Nachdem die politischen Vorteile (insbesondere der privilegierte Zugang zu politischen Ämtern und zum Offizierswesen) weggefallen waren, verloren die – bis dahin stets für den Fortbestand der Fideikommisse eintretenden – adligen Familien das Interesse an dem Rechtsinstitut und setzten sich aktiv für seine Auflösung ein, um von dem wirtschaftlichen Wert ihres gebundenen Grundeigentums profitieren zu können.³⁰⁰

Die Auflösung der Fideikommisse³⁰¹ begann mit der Weimarer Reichsverfassung, Art. 155 Abs. 2 S. 2 WRV lautet: „Die Fideikommisse sind aufzulösen.“ Damit wurde die Auflösung allerdings wiederum nicht reichsrechtlich angeordnet, sondern erneut den Ländern übertragen.³⁰² In der konkreten Umsetzung traten praktische Schwierigkeiten insbesondere dadurch auf, dass viele Waldflächen fideikommissarisch gebunden waren und die Gefahr gesehen wurde, dass eine schnelle Auflösung zur Zersplitterung des Grundeigentums geführt hätte, welche die Forstwirtschaft ernsthaft hätte gefährden können.³⁰³ Nur wenige Länder entschieden sich daher für eine sofortige Aufhebung der Fideikommisse,³⁰⁴ insgesamt kam es in der Zeit der Weimarer Republik nicht zur Lösung des Problems. Den entscheidenden Schritt zur Auflösung der Fideikommisse vollzogen dann die Nationalsozialisten, die – nach Übertragung der Landesgesetzgebungskompetenzen auf das Reich im Zuge der „Gleichschaltung“³⁰⁵ – ein Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse³⁰⁶ erließen, dessen § 1 Abs. 1 zufolge alle noch bestehenden Familienfideikommisse zum 1. Januar 1939 erlöschen sollten. Gemäß § 11 galt aber eine Sperrfrist bis zur Erteilung eines Fideikommissauflösungsscheins, welcher erst die Klärung aller abwicklungstechnischen Fragen voraussetzte. Die bisherigen Verfügungsbeschränkungen bestan-

²⁹⁹ Siehe dazu bereits im Kontext des *numerus clausus* oben S. 131 bei Fn. 205.

³⁰⁰ Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 697, 793. Insbesondere die Nachgeborenen („Agnaten“), denen nun der sichere Weg in die Beamten- oder Offizierslaufbahn versperrt war, gründeten Interessenverbände („Agnatenverbände“), die versuchten, auf die Gesetzgebung Einfluss zu nehmen und die wirtschaftliche Beteiligung der nachgeborenen Familienmitglieder bei der Auflösung der Fideikommisse zu sichern; ebd., S. 697 f.

³⁰¹ Überblick bei v. Bar/Striewe, ZNR 1981, 184 ff.; ausführlich Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992).

³⁰² Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 701.

³⁰³ Für Preußen: v. Bar/Striewe, ZNR 1981, 184, 188 f.; Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 708–711.

³⁰⁴ Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland (1992), S. 732 f. (Baden und Sachsen); Bayern und Thüringen wählten einen Mittelweg; ebd., S. 734–739.

³⁰⁵ v. Bar/Striewe, ZNR 1981, 184, 191.

³⁰⁶ Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 06.07.1938, RGBl. I, S. 825.

den gemäß § 11 Abs. 2 während der Sperrfrist fort.³⁰⁷ Insbesondere wegen des Zweiten Weltkriegs verzögerte sich die Abwicklung, so dass sich die endgültige Auflösung der Fideikomnisse mit Zwischenstufen im Besatzungsrecht³⁰⁸ bis in die Zeit der Bundesrepublik erstreckte.³⁰⁹ Das „Gesetz zur Aufhebung von Fideikommiss-Auflösungsrecht“³¹⁰ aus dem Jahr 2007 bildet den Abschluss der Auflösung der Familienfideikomnisse im deutschen Bundesrecht; die noch unerledigten Auflösungen richten sich nun wieder nach Landesrecht.³¹¹ Ihre noch zu Beginn der Weimarer Republik bestehende, auf der Größe des fideikommissarisch gebundenen Grundvermögens beruhende soziale Bedeutung hatten die Familienfideikomnisse aber bereits während der Zeit des Nationalsozialismus weitgehend eingebüßt.³¹²

In beschränktem Umfang leben die Familienfideikomnisse in Form von Familienstiftungen fort,³¹³ in die viele aufgelöste Familienfideikomnisse überführt wurden.³¹⁴ Dabei macht man sich das allgemeine gesellschaftsrechtliche Prinzip der Vermögenstrennung³¹⁵ zunutze, um einen Vermögensstock für die Familie zu erhalten und damit zugleich dem Zugriff der Privatgläubiger zu entziehen. Zwar unterliegen die Ausschüttungen der Familienstiftung dem Gläubigerzugriff;³¹⁶ problematisch ist aber, dass die Familienstiftung ein rechtsfähiges Zweckvermögen darstellt, an welchem – anders als im Falle der Körperschaften – kein Anteilseigentum besteht, so dass die Gläubiger der Destinatäre auch nicht indirekt auf den Vermögensstock Zugriff nehmen können, obwohl dieser – bei einer Unter-

³⁰⁷ Ausführlich zum Ganzen *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 29. In einigen Fällen kam es bis heute nicht zur Erteilung eines solchen Auflösungscheins. Nach *v. Bar/Striewe*, ZNR 1981, 184, 192 ändert dies nichts daran, dass die Fideikomnisse kraft Gesetzes zum 1. Januar 1939 erloschen sind.

³⁰⁸ Dazu *v. Bar/Striewe*, ZNR 1981, 184, 194 f.

³⁰⁹ *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikomnisse in Deutschland (1992), S. 757–772. Überblick über das neuere Auflösungsrecht bei *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 28–34, 49–64.

³¹⁰ Gesetz zur Aufhebung von Fideikommiss-Auflösungsrecht vom 23.11.2007, BGBl. I, S. 2622 (verkündet als Art. 64 des Zweiten Gesetzes über die Bereinigung von Bundesrecht im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums der Justiz, BGBl. I, S. 2614). Dazu *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 35.

³¹¹ Überblick über die landesrechtlichen Regelungen bei *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 50–56. Soweit das Landesrecht keine Regelungen enthält, gilt aber gemäß § 2 Gesetz zur Aufhebung von Fideikommiss-Auflösungsrecht das Bundesrecht fort.

³¹² Siehe die Zahlen zur Entwicklung der Auflösung bei *Eckert*, Der Kampf um die Familienfideikomnisse in Deutschland (1992), S. 754–756.

³¹³ Ausführlich dazu *Dutta*, *RebelsZ* 77 (2013), 828, 832–836; *ders.*, Warum Erbrecht? (2014), S. 21–46 und passim; zuvor bereits *Däubler*, *JZ* 1969, 499, 500; *Söllner*, in: FS Kaser (1976), S. 657, 669.

³¹⁴ *Mayer*, in: Staudinger (2012), EGBGB Art. 59 Rn. 34.

³¹⁵ Siehe dazu nur *Hansmann/Kraakman*, 110 *Yale L. J.* 387 (2000).

³¹⁶ Inwieweit die Destinatäre einen (pfändbaren) Anspruch auf die Leistungen der Stiftung haben, ist durch Auslegung des Stiftungsgeschäfts bzw. der Satzung zu ermitteln; BGH NJW 1957, 708; NJW 2010, 234, 235; siehe auch BGHZ 99, 344, 352.

haltsstiftung – rein privatnützig ist.³¹⁷ Die Forderung nach einer Durchgriffshaftung gemäß § 242 BGB³¹⁸ hat sich in der Praxis nicht durchsetzen können. Vor diesem Hintergrund wird die Familienstiftung von Kritikern als Verstoß gegen allgemeine Grundsätze der Zivilrechtsordnung und als Zeichen einer „Refeudalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft“ angesehen.³¹⁹ Rechtspolitische Versuche, die Zulässigkeit der Familienstiftung zu beschränken,³²⁰ sind aber mehrfach – zuletzt im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des Stiftungsrechts im Jahr 2002³²¹ – gescheitert.³²² Allerdings führte der Gesetzgeber zum 1. Januar 1974 mit den §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 9 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG eine Erbschaftsteuer auf das Vermögen von Familienstiftungen ein, die alle 30 Jahre anfällt (so genannte Erbersatzsteuer), um die Perpetuierung allzu großer Vermögensmassen in Familienstiftungen zu verhindern. Infolgedessen ist die praktische Bedeutung der Familienstiftungen nicht mit derjenigen der Familienfideikommisse zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu vergleichen; so gab es im Jahr 2001 im gesamten Bundesgebiet nur 535 Familienstiftungen³²³ (gegenüber 1348 Familienfideikommissen allein in Preußen im Jahr 1918).

Die Geschichte der Auflösung von Lehensrecht und Familienfideikommissen zeigt nicht nur, dass Institute des Sachenrechts wie der abstrakte Eigentumsbegriff oder das Prinzip der Verfügungsfreiheit, die auf den ersten Blick rechtsdogmatische, theoretische Konzepte zu sein scheinen, in ihrem Kern regulatorischer Natur sind, sondern unterstreicht auch die Aktualität der damit verfolgten Re-

³¹⁷ Kritisch *Reuter*, in: GS Eckert (2008), S. 677, 691 f.; *Weitemeyer*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), § 80 Rn. 113 f. („Haftungsexklave“).

³¹⁸ *Däubler*, JZ 1969, 499, 502.

³¹⁹ *Reuter*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 81 Rn. 96–98 (Zitat in Rn. 98); ähnlich *Däubler*, JZ 1969, 499, 501 f. Unter dem Gesichtspunkt des Verbots überlanger Nachlassbindungen für die Unzulässigkeit der Familien(-unterhalts-)stiftung *Rawert*, in: Staudinger (1995), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 133; anders nunmehr *Hüttemann / Rawert*, in: Staudinger (2010), Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 186–188 (nach der Reform 2002 nur noch rechtspolitische Kritik). Für einen Verstoß der Familienstiftung gegen § 138 Abs. 1 BGB *Reuter*, in: GS Eckert (2008), S. 677, 689, 692. Siehe zum Ganzen auch *Dutta*, Warum Erbrecht? (2014), S. 120–122.

³²⁰ Siehe insbesondere den von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Förderung des Stiftungswesens, demzufolge ein neuer § 81 Abs. 2 BGB Familienstiftungen auf eine Dauer von höchstens 30 Jahre beschränken sollte, u. a. mit dem Ziel, die Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern zu erhalten; BT-Drucks. 13/9320, S. 10. Dieser Entwurf ging wesentlich auf Vorarbeiten von *Rawert* zurück.

³²¹ Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15.07.2002, BGBl. I, S. 2634.

³²² Zur Begründung der Beibehaltung der Familienstiftungen siehe insbesondere *Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001 (2001), S. 46 f. Krit. dazu *Weitemeyer*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), § 80 Rn. 137, die zu Recht darauf hinweist, dass die von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe betonten Unterschiede zwischen Familienfideikommissen und Familienstiftungen entweder nicht bestehen oder rechtspolitisch irrelevant sind (siehe auch den ausführlichen Vergleich von Familienfideikommis und Familienstiftung bei *Reuter*, in: GS Eckert (2008), S. 677, 678–686).

³²³ *Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001 (2001), S. 45.

gulierungsziele, die auch in jüngster Vergangenheit noch zu (rechts-)politischen Debatten Anlass gegeben haben.

c. Gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen

Das Regulierungsziel, die Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern zu gewährleisten, verfolgte der BGB-Gesetzgeber nicht nur mittels der Regeln über die Güterzuordnung, sondern auch mithilfe der Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten. Die Möglichkeit, im Bürgerlichen Recht bewegliche Sachen gutgläubig von einem Nichteigentümer erwerben zu können, stellt eine wichtige Neuerung des BGB dar. Seit ihrem Inkrafttreten werden in der Literatur allerdings die dogmatischen Schwächen und Probleme der §§ 932 ff. BGB hervorgehoben.³²⁴ Einer verbreiteten Ansicht zufolge wollte der BGB-Gesetzgeber mit den Regelungen der §§ 932 ff. BGB dem „Verkehrsinteresse“ dienen.³²⁵ Diese Argumentation ist allerdings insoweit problematisch, als auch die bisherigen Eigentümer, die ihr Recht durch den gutgläubigen Erwerb verlieren, Teil des Rechtsverkehrs sind und möglicherweise erhebliche Kosten aufwenden (müssen), um sich vor dem Eigentumsverlust zu schützen.³²⁶ Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der Regelungen genauer, zeigt sich aber, dass die rechtsdogmatische Herleitung mit der Legitimationsfunktion des Besitzes und die schlagwortartige Begründung mit dem Verkehrsinteresse nachgeschoben wurden,³²⁷ um ein aus regulatorischen Gründen gewolltes Ergebnis zu legitimieren.

Vor der Rechtsvereinheitlichung durch das BGB enthielt das Bürgerliche Recht der deutschen Staaten sehr unterschiedliche Regelungen zu den Rechtsfolgen von Veräußerungen durch Nichtberechtigte an gutgläubige Erwerbsprätendenten.³²⁸ Vorherrschend in den meisten Staaten und auch in der Rechtswissenschaft war die – auf das klassische römische Recht zurückgehende³²⁹ – Auffassung, dass ein

³²⁴ Berühmt ist die Polemik von *Binding*, *Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer* (1908), S. 12–29 und passim. Weitere Nachweise unten S. 154, Fn. 355.

³²⁵ *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*¹⁸ (2009), S. 665; *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts* (1930), S. 246; *Prütting*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, *BGB*¹⁰ (2015), § 932 Rn. 1; *Wagner*, *AcP* 206 (2006), 352, 429; monographisch *J. Hager*, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb* (1990); zur Begründung wird dazu häufig auf die 2. Kommission verwiesen, siehe Protokolle der 2. Kommission, Bd. III (1899), S. 208, wo es heißt, „Der Eingriff in das bestehende Eigentum [...] finde seine Rechtfertigung wesentlich in der Rücksicht auf das Verkehrsinteresse.“ *Leuschner*, *AcP* 205 (2005), 205, 228–230 will das Verkehrsinteresse als Förderung der Allokationseffizienz konkretisieren.

³²⁶ *Lieder*, *AcP* 210 (2010), 857, 863; *Stagl*, *AcP* 211 (2011), 530, 538.

³²⁷ Ähnlich *Stagl*, *AcP* 211 (2011), 530, 538 f.; *Wiegand*, in: *Staudinger* (2011), Vorbem. zu §§ 932–936 Rn. 4.

³²⁸ *Wieling*, *Sachenrecht*² (2006), S. 363. Speziell zu Württemberg siehe *Kiehnle*, in: *FS J. Schröder* (2013), S. 401–404; siehe auch den Rechtsvergleich bei *Mot. III*, S. 342 f.

³²⁹ Vgl. *Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), S. 171; *Wieling*, *Sachenrecht*² (2006), S. 363. Zur Begründung wird zumeist auf den Satz *Ulpian*s verwiesen „*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*“ (D. 50, 17, 54).

Rechtserwerb vom Nichtberechtigten grundsätzlich nicht möglich sei.³³⁰ Um den Erwerbsprätendenten nicht auf ewig der Vindikationslage auszusetzen, behalf man sich – wiederum in Rezeption römischrechtlicher Vorbilder – mit der Ersetzung.³³¹ Einen Mittelweg wählte das preußische Allgemeine Landrecht: Es erkannte den gutgläubigen Erwerb zwar nicht an (ALR I 10 § 3) und gewährte dem Eigentümer grundsätzlich die Vindikation,³³² allerdings konnte der redliche Besitzer im Gegenzug die Erstattung des von ihm gezahlten Kaufpreises verlangen, so genannter Lösungsanspruch (ALR I 15 §§ 25, 26).

Vor dem Hintergrund dieser historischen Ausgangslage verfolgte der BGB-Gesetzgeber mit der Einführung des allgemeinen Grundsatzes des gutgläubigen Erwerbs in §§ 932 ff. BGB ein regulatorisches Ziel. Dieses erschließt sich, wenn man die §§ 932 ff. BGB als Mittel zur Fortführung der mit der Schaffung von Art. 306 ADHGB³³³ verfolgten Regulierungsentention versteht,³³⁴ durch die Gewährleistung des freien Warenverkehrs den Handel zu stärken.

Bei den Beratungen zum Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches³³⁵ war zunächst nur eine Regelung über den gutgläubigen Erwerb im Rahmen des Kommissionsgeschäfts geplant;³³⁶ erst in einem sehr späten Stadium der Beratungen, bei der dritten Lesung, wurde die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit generell eine Regelung zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberech-

³³⁰ Beispielhaft *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I (1886), S. 108, dem zufolge die römischrechtliche Regel, dass niemand mehr übertragen könne, als er selbst habe, keine Ausnahme dulde, da sie direkt aus der Definition der Übereignung hergeleitet sei. Siehe auch *Puchta*, Pandekten² (1844), S. 201 f., 206. Laut *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts (1934), S. 25 f. soll *Puchta* die Auffassung vertreten haben, dass ein Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten logisch unmöglich sei. Jüngst hat *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 539, 541, 544 versucht, den derivativen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten als logisch widersprüchlich zu erweisen.

³³¹ *Puchta*, Pandekten² (1844), S. 213–227; siehe auch *Lux*, Die Entwicklung des Gutgläubensschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts (1939), S. 3–6.

³³² Gemäß ALR I 15 §§ 42–56 galten allerdings eine Reihe von Ausnahmen, so bei vom Fiskus oder bei öffentlichen Versteigerungen erworbenen Sachen, beim Erwerb von Kaufleuten oder bei Bargeld und Inhaberpapieren.

³³³ Art. 306 ADHGB lautete auszugsweise: „(1) Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigenthum, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war. Das früher begründete Eigenthum erlischt. [...] (4) Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren.“

³³⁴ Es ist allgemein anerkannt, dass Art. 306 ADHGB die Vorgängernorm der §§ 932 ff. BGB ist; siehe nur *Lohse*, AcP 206 (2006), 527, 532–535; *Lux*, Die Entwicklung des Gutgläubensschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts (1939), S. 36, 39; *Wiegand*, in: Staudinger (2011), Vorbem. zu §§ 932–936 Rn. 2.

³³⁵ Der Entwurf des ADHGB vom 12.03.1861 war zunächst eine Art „Mustergesetz“, das von den einzelnen deutschen Staaten für ihr Gebiet verabschiedet werden musste, weil dem Deutschen Bund eine den Partikularstaaten übergeordnete Gesetzgebungskompetenz fehlte; erst nach Gründung des Norddeutschen Bundes bzw. des Deutschen Reiches wurde das ADHGB als Bundes- bzw. Reichsgesetz übernommen; *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 45, 47.

³³⁶ *Goldschmidt*, ZHR 9 (1866), 1, 2 f.

tigten getroffen werden solle. Die preußische Regierung hatte dazu vorgeschlagen, bei Veräußerungen durch einen Kaufmann an einen gutgläubigen Dritten die Vindikation auszuschließen.³³⁷ Die endgültige Entwurfsfassung, wonach nicht nur die Vindikation ausgeschlossen war, sondern der gutgläubige Dritte Eigentum erwerben sollte, ging auf einen Antrag Hamburgs zurück.³³⁸ Zur Begründung halten die Protokolle folgende Erwägungen fest:

Daß ein Bedürfnis für die Aufnahme von Bestimmungen im Sinne der vorliegenden Anträge vorhanden sei, könne man schon daraus ersehen, daß überall, wo der Handel sich in größeren Verhältnissen entwickelt habe, das römische Recht mit seinem Vindikationssysteme nicht durchgedrungen sei [...]. Eine nähere Erwägung der Verhältnisse ergebe, daß es im Handelsverkehr auch gar nicht anders sein könne, als nunmehr zu bestimmen vorgeschlagen werde. Kein Kaufmann würde ruhig sein können, wenn das römisch-rechtliche Vindikationssystem eine größere praktische Anerkennung gefunden hätte.³³⁹

Entscheidendes Motiv der Verfasser des ADHGB war es also, den Handelsverkehr zu stärken.³⁴⁰ Die Rechtsmacht, einem gutgläubigen Dritten ohne Rücksicht auf die eigene Berechtigung Eigentum zu verschaffen, ermöglicht dem Kaufmann, seine Verträge zuverlässig zu erfüllen und schützt ihn daher vor Gewährleistungsansprüchen seiner Kunden.³⁴¹ Ist ein Kaufmann dagegen selbst redlicher Käufer, ist es für ihn wesentlich, dass er tatsächlich das Eigentum erlangt und nicht nur einen Lösungsanspruch erhält, d.h. Ersatz des von ihm selbst gezahlten Kaufpreises. Denn ein wesentlicher Gesichtspunkt des kaufmännischen Geschäftsver-

³³⁷ *Goldschmidt*, ZHR 9 (1866), 1, 3.

³³⁸ *Goldschmidt*, ZHR 9 (1866), 1, 4. Im Hamburgischen Stadtrecht existierte auch jenseits des Handelsrechts die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs; vgl. *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 746, was dieser mit dem „Einfluß eines größeren Handelsverkehrs, dessen Interessen eine alle anderen Rücksichten zurückdrängende Werthschätzung erfuhren“, erklärte. Im Handelsverkehr war in Hamburg die Vindikation sogar für alle Güter ausgeschlossen, welche erweislich durch Kauf in die Stadt über See gelangt waren, selbst wenn der vorherige Eigentümer sie durch Raub oder Diebstahl verloren hatte; *Goldschmidt*, ZHR 8 (1865), 225, 262.

³³⁹ *Lutz* (Hrsg.), ADHGB Protokolle, Bd. IX (1861), S. 4608.

³⁴⁰ Die Frage, ob der Vorschlag rechtsdogmatisch zu begründen sei, wurde erst nachträglich erörtert. Dabei kam man zu dem Ergebnis, der Eigentumserwerb sei gegenüber der Beschränkung der Vindikationsklage der systematischere und eigentlich juristischere Gedanke, „der zu einer einfachen Anwendung des Gesetzes in der Praxis führe“; *Lutz* (Hrsg.), ADHGB Protokolle, Bd. IX (1861), S. 4610. Zuvor wurde allerdings von den Gegnern des späteren Art. 306 ADHGB das Bedenken geäußert, durch den gutgläubigen Erwerb werde „die Lehre vom Eigentum in ihren Grundlagen erschüttert und letzteres nahezu aufgehoben“; aaO., S. 4607. Vgl. auch *Goldschmidt*, ZHR 8 (1865), 225, 226: „Der Handel fordert, daß der Güterumsatz, dessen Vermittelung seine Aufgabe ist, auch rechtlich völlig gesichert sei; er verlangt einfache, leicht übersehbare Rechtsverhältnisse, mag auch die logische Consequenz des Eigentumsbegriffs darunter leiden ...“.

³⁴¹ Ohne den Gutglaubensschutz ergibt sich die Sicherheit des Käufers allein aus dem Haftungsversprechen des Verkäufers, der Kauf wird zu einem Kreditgeschäft (oder besser: Versicherungsgeschäft); *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts³ (1967), S. 79. Dies ist insbesondere im „Marktverkehr“, wo der Verkäufer später häufig nicht mehr greifbar ist, problematisch; vgl. *Lutz* (Hrsg.), ADHGB Protokolle, Bd. IX (1861), S. 4610.

kehrts ist die Spekulation, d. h. die Möglichkeit, die zu einem bestimmten Preis erworbene Ware zu einem höheren Preis weiterveräußern zu können.³⁴² Kaufleute benötigen dagegen typischerweise selbst keinen Schutz vor dem Verlust ihres Eigentums; sofern sie vom unberechtigt Verfügenden die von diesem erhaltene Gegenleistung kondizieren können, genügt dies ihren wirtschaftlichen Interessen vollauf. Die Regelung des Art. 306 ADHGB stellte somit eine Regulierung zur Förderung des Handels dar. Deshalb war bei der Schaffung des BGB keinesfalls ausgemacht, dass sich die Rechtsfolgen der Verfügung eines Nichtberechtigten im Bürgerlichen Recht nach den gleichen Grundsätzen richten würden.

Der Redaktor für das Sachenrecht, *Johow*, hatte der 1. Kommission für ihre Vorberatungen einen Vorschlag unterbreitet, der sich an das preußische Allgemeine Landrecht anlehnte³⁴³ und von der Kommission in einem Vorbeschluss vom 18.10.1875 angenommen wurde.³⁴⁴ Auf dieser Linie bewegte sich dann auch der Teil-Entwurf Sachenrecht von 1880, der in § 135 nur in wenigen Ausnahmefällen einen Erwerb vom Nichtberechtigten vorsah. In seiner ausführlichen Begründung führte *Johow* aus, dass alle rechtsdogmatischen Gründe für das auf das römische Recht zurückgehende Prinzip sprächen; die Regelung des Art. 306 ADHGB stelle eine begrenzte Ausnahme dar, die sich durch die Besonderheiten im Marktverkehr rechtfertige und nicht verallgemeinerungsfähig sei.³⁴⁵

Ebenfalls im Jahr 1880 beschäftigte sich der 15. Deutsche Juristentag in Leipzig mit der Frage. Der Gutachter *Alex Franken* machte den Vorschlag, der gutgläubige Dritte solle zwar Eigentum erwerben, der vorherige Eigentümer aber das Recht erhalten, die Sache gegen Ersatz des Anschaffungspreises herauszuverlangen.³⁴⁶ Durchsetzen konnte sich dieser Vorschlag allerdings nicht. In der Abstimmung erhielt der Ansatz des Referenten *Reuling*, an dem Prinzip des Art. 306 ADHGB für das Handelsrecht festzuhalten und dieses auch auf den sonstigen Verkehr auszudehnen, die Mehrheit.³⁴⁷ Zur Begründung seiner Ansicht bezog sich *Reuling* maßgeblich auf die besondere Wichtigkeit des gutgläubigen Eigentumserwerbs für den Handelsverkehr; die Übertragung auf das Bürgerliche

³⁴² So die Argumentation von *Reuling*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. II (1881), S. 62, 68 gegen das System des preußischen Allgemeinen Landrechts.

³⁴³ Abgedruckt bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 53.

³⁴⁴ Siehe das Protokoll bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 73.

³⁴⁵ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I (1880), S. 740–750.

³⁴⁶ *Franken*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. I (1880), S. 131, 151.

³⁴⁷ Siehe *Reuling*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. II (1881), S. 62, 70; der bei der Abstimmung letztlich angenommene Vorschlag „Ist es angemessen, im deutschen Civilgesetzbuche die Statthaftigkeit der Vindication beweglicher Sachen nach den Grundsätzen des Handelsgesetzbuchs – (also den jetzt nach dem Handelsgesetzbuche geltenden Grundsätzen) – zu gestalten?“ (vgl. ebd., S. 84), ging auf eine Modifikation des ursprünglichen Vorschlags von *Reuling*, der den gutgläubigen Erwerb auch bei abhandengekommenen Sachen zulassen wollte, auf Intervention von *Brunner* zurück; vgl. ebd., S. 80 f.

Recht begründete er damit, dass „Harmonie“ zwischen Handels- und Zivilrecht herrschen solle und auch der bürgerliche Verkehr mit beweglichen Sachen – abgesehen von seltenen Fällen eines Affektionsinteresses – durch die Fungibilität und Austauschbarkeit der Sachen geprägt sei.³⁴⁸ Die Beschlüsse des 15. Deutschen Juristentags erwiesen sich als wichtiger Zwischenschritt auf dem Weg zum Erlass der §§ 932 ff. BGB.³⁴⁹ Es ist hervorzuheben, dass auch hier die Förderung des Handels wichtigstes Motiv war.

Den entscheidenden Schritt zum Systemwechsel vollzog die 1. Kommission. In einer Abstimmung, bei der aufgrund einer Pattsituation von fünf gegen fünf Stimmen die Stimme des Vorsitzenden *Pape*³⁵⁰ den Ausschlag gab, entschied sie sich dafür, entgegen dem Entwurf von *Johow* den gutgläubigen Erwerb als Grundsatz anzuerkennen.³⁵¹ Zur Begründung wurde wiederum auf das Handelsrecht rekurriert und ausgeführt:

Auf die Uebereinstimmung mit dem Handelsgesetzbuche sei der größte Werth zu legen. An eine Aenderung der Vorschriften desselben in dem Sinne des Entwurfs könne man nicht denken. Alsdann aber würde die Annahme des dem Entwurfe zu Grunde liegenden Prinzips zu einem Auseinandergehen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts führen und die Entscheidung der Frage, ob Eigenthum erworben oder nicht erworben, in vielen Fällen von der schwierigen Feststellung der handelsrechtlichen Voraussetzung abhängig machen, ob die bewegliche Sache von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräußert und übergeben worden sei.³⁵²

Auch hier war es also die Absicht, den Handelsverkehr zu sichern, die zur Grundlage auch der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb im BGB wurde. Der 1. Kommission war dabei bewusst, dass sie eine genuin regulatorische Entscheidung traf, indem sie das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers dem Interesse an der Umlauffähigkeit der Wirtschaftsgüter unterordnete. Sie wählte eine Lösung, von der sie sich die Maximierung der Gesamtwohlfahrt erhoffte:

Dabei stehe der in dem einen oder anderen Falle einen einzelnen Eigenthümer treffende Verlust in keinem Verhältnisse zu dem allen Eigenthümern aus der Befähigung zu einem den Erwerber sicher stellenden Veräußerungsakte erwachsenden Vortheile.³⁵³

³⁴⁸ *Reuling*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. II (1881), S. 62, 68–70. Bereits 1865 hatte *Levin Goldschmidt* die Erwartung geäußert, dass sich das Bürgerliche Recht im Zuge der anstehenden Kodifikation den Regelungen des ADHGB anschließen werde; *Goldschmidt*, ZHR 8 (1865), 225, 227.

³⁴⁹ Die 1. Kommission berief sich ausdrücklich auf die Beschlüsse des Juristentages; Prot. I, S. 4006 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 599.

³⁵⁰ *Heinrich Eduard Pape* (1816–1888) war nicht nur Präsident des Reichsoberhandelsgerichts, sondern hatte auch bereits an den Beratungen zum ADHGB teilgenommen; *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 1282, 1284.

³⁵¹ Prot. I, S. 4004 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 598.

³⁵² Prot. I, S. 4006 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 599.

³⁵³ Prot. I, S. 4005 bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 599.

Die 2. Kommission schloss sich der rechtspolitischen Grundsatzentscheidung der 1. Kommission an und führte zu Beginn ihrer Begründung aus: „Als ausschlaggebend wurde namentlich die Rücksicht auf die Uebereinstimmung mit dem Handelsrechte hervorgehoben.“³⁵⁴

Der kurze historische Abriss zeigt, dass der Schaffung der §§ 932 ff. BGB regulatorische, genuin wirtschaftspolitische Motive zugrunde lagen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sich die Regeln nicht nahtlos in das System des Sachenrechts einfügen. So ist aus rechtsdogmatischer Sicht vor allem kritisiert worden, dass der Besitz kein geeigneter Indikator für die Berechtigung des Veräußerers sei.³⁵⁵ Dieser Einwand ist zwar zutreffend, verkennt aber, dass es dem BGB-Gesetzgeber gar nicht darum ging, eine rechtsdogmatisch stimmige Lösung zu finden. Dies zeigt sich besonders deutlich anhand von § 135 Abs. 2 BGB, der für den gutgläubigen Erwerb entgegen einem gesetzlichen Veräußerungsverbot auf die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB verweist. Der Besitz ist niemals Indikator dafür, dass kein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht oder die Sache nicht gepfändet ist.³⁵⁶ Es handelt sich um einen Gutgläubensschutz ohne Rechtsscheinsträger; geschützt wird vielmehr der gute Glaube an den gesetzlichen Normalfall, dass der Rechtsinhaber auch Verfügungsbefugter ist.³⁵⁷ Den guten Glauben an den gesetzlichen Normalfall zu schützen, besagt aber nichts anderes als die Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern für den redlichen Verkehr unabhängig von der Eigentumslage auszugestalten – eine Politik mit dem Ziel, den Handel zu fördern.

Damit erweisen sich die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Erwerbers als integraler Bestandteil eines regulatorischen Gesamtkonzepts: Der BGB-Gesetzgeber zielte mit einer Vielzahl an Regelungen auf die Gewährleistung der Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern ab. Dabei ging es nicht nur um die Überwindung der mittelalterlichen Feudal- und Ständegesellschaft. Wie die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB zeigen, verfolgte der Gesetzgeber auch ein explizit wirtschaftspolitisches Programm.

³⁵⁴ Protokolle der 2. Kommission, Bd. III (1899), S. 207. Dass es auch der 2. Kommission nicht um die rechtsdogmatische Stimmigkeit ging, zeigen die folgenden Ausführungen: „Es handele sich bei den [späteren §§ 932 ff. BGB] um durchaus anomale Bestimmungen, dem Eigenthümer solle sein Eigenthum zu Gunsten des Erwerbes entzogen werden ...“; ebd.

³⁵⁵ *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht (1955), S. 56–74; *Rebe*, AcP 173 (1973), 186, 193–196; *J. Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb (1990), S. 240–243; *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 540–542. Die These von der Legitimationsfunktion des Besitzes geht zurück auf *Reuling*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. II (1881), S. 62, 72 und wurde von der 1. Kommission aufgegriffen; siehe Prot. I, S. 4004 f. bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I (1985), S. 599.

³⁵⁶ Nach h.M. hat die Pfändung einer beweglichen Sache ein Veräußerungsverbot i. S. v. § 136 BGB zur Folge; siehe nur *Armbrüster*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), § 136 Rn. 5; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht¹² (2010), S. 931; *Kohler*, in: Staudinger (2011), § 136 Rn. 21.

³⁵⁷ *Berger*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (1998), S. 35.

§ 4 Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht

Die Ergebnisse der Untersuchung des Kaufrechts und des Sachenrechts, zweier Kernmaterien des BGB, legen bereits nahe, dass Regulierung im Privatrecht keine Randerscheinung ist, sondern ein ubiquitäres Element, welches alle privatrechtlichen Bereiche durchzieht. Um dies zu verdeutlichen, sollen im Folgenden schlagwortartig weitere Beispiele privatrechtlicher Regulierung vorgestellt werden. Ziel ist es dabei nicht, die regulatorischen Normen des Privatrechts abschließend aufzuzählen; dies wäre genauso unmöglich wie eine umfassende Auflistung aller infrastrukturellen oder interessenausgleichenden Privatrechtsnormen.¹ Es geht lediglich darum zu zeigen, dass regulatorische Elemente im Privatrecht nicht seltener vorkommen als die beiden letztgenannten Rechtsfunktionen. Die Darstellung orientiert sich dazu am pandektistischen Aufbau des BGB, ergänzt um ausgewählte Bereiche des Sonderprivatrechts.²

I. Regulatorische Elemente im BGB

Wie bereits im vorhergehenden Kapitel gezeigt, ist eine Vielzahl der Regelungen des BGB regulatorischer Natur. Regulatorische Normen finden sich nicht nur in den Detailregelungen des besonderen Schuldrechts oder des Sachenrechts, sondern durchziehen alle fünf Bücher.

1. Allgemeiner Teil

Im Allgemeinen Teil des BGB enthalten etwa die Regelungen über den Schutz Minderjähriger im rechtsgeschäftlichen Verkehr eine Reihe regulatorischer Elemente.³ Es trifft zwar zu, dass das Recht, um die Bedingungen privatautonomer

¹ Zu den unterschiedlichen Rechtsfunktionen siehe oben S. 55 ff.

² Nach *Bydlinski*, in: FS Kastner (1992), S. 71, 76 f. zeichnen sich Sonderprivatrechte dadurch aus, dass sie sich nicht in das Pandektensystem einordnen lassen.

³ Die Definition der Volljährigkeit als solche stellt einen standardisierten Interessenausgleich dar; vgl. oben S. 61. Dies gilt aber nicht für die Regelungen zum Schutz der Minderjährigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr; verändert der Gesetzgeber die Definition der Volljährigkeit, ändert sich lediglich der Anwendungsbereich, nicht aber die Funktionsweise des Minderjährigenrechts. Allein letztere wird hier betrachtet.

Bindung zu ermöglichen, sicherstellen muss, dass nur solche Menschen, die in der Lage sind, die rechtlichen Konsequenzen ihres Tuns abzusehen, rechtsgeschäftliche Bindungen begründen können.⁴ Damit ist aber keineswegs gesagt, dass das Gesetz in diesen Fällen stets die Nichtigkeit (vgl. §§ 104 Nr. 1, 105 Abs. 1 BGB) bzw. grundsätzlich die (schwebende) Unwirksamkeit (vgl. §§ 107, 108 Abs. 1 BGB) vorsehen müsste. Zur Sicherstellung eines angemessenen Interessenausgleichs würde es bereits genügen, auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen, wie dies etwa das Deliktsrecht (vgl. § 828 Abs. 3 BGB) und einige ausländische Rechtsordnungen tun.⁵ Indem der Gesetzgeber unabhängig von der konkreten Einsichtsfähigkeit starre Altersgrenzen statuiert, minimiert er nicht nur das Risiko des Minderjährigen, ein zwar frei bestimmtes, aber wirtschaftlich schlechtes Geschäft abzuschließen (insoweit handelt es sich noch um einen Interessenausgleich), sondern verfolgt damit zugleich das familienpolitische Anliegen, die effektive Ausübung der elterlichen Sorge und Vertretungsmacht zu gewährleisten. Letzteres geht über den Ausgleich der Interessen von Minderjährigem und Geschäftspartner hinaus und stellt ein regulatorisches Ziel dar.

Zentraler Bestandteil des regulatorischen Privatrechts sind die Nichtigkeitsvorschriften der §§ 134, 138 BGB, die für eine Vielzahl an Regulierungszielen verwendet werden. Die Regelung des § 134 BGB inkorporiert öffentlich-rechtliche Gebote in das Privatrecht⁶ und verstärkt so deren Regulierungswirkung, weil sie dem gesetzeswidrig Handelnden auch die privatrechtlichen Früchte seines verbotenen Tuns nimmt. Die Regelung von § 138 Abs. 1 BGB kann als ausdrückliche Ermächtigung der Zivilgerichte verstanden werden, selbständig regulierend tätig zu werden.⁷ Das wichtigste Beispiel einer solchen richterrechtlichen Regulierung auf Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB ist die Wucherrechtsprechung. In der grundlegenden Entscheidung wird die generalpräventive, regulatorische Intention deutlich, wenn der Große Senat für Zivilsachen des Reichsgerichts wörtlich ausführt:

[D]ie Berücksichtigung dessen, daß nicht nur bewußte Ausbeutung des Vertragsgegners, sondern auch schon ein böswilliges oder grobfahrlässiges Sichverschließen des die Vorteile genießenden Vertragsteils vor Erkenntnis einer mißlichen Lage des anderen Teils in Verbindung mit dem Mißverhältnis zur Vernichtung des Rechtsgeschäfts führen kann, [bietet] eine wirksame Handhabe zur Bekämpfung verwerflichen Eigennutzes.⁸

⁴ Vgl. J. Schmitt, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), Vor §§ 104 ff. Rn. 2; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 126.

⁵ Siehe z. B. Art. 19 schweizerisches ZGB. Danach sind Minderjährige nicht ab einem bestimmten Alter beschränkt geschäftsfähig, sondern sobald sie „urteilsfähig“ sind. Urteilsfähig ist gemäß Art. 16 schweizerisches ZGB „jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäß zu handeln“.

⁶ Siehe erneut Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft (1983), S. 19.

⁷ Dazu ausführlich unten S. 673 ff.

⁸ RGZ 150, 1, 7.

2. Schuldrecht

Besonders viele Beispiele für regulatorische Normen finden sich im Schuldrecht. Daher wird im Folgenden zwischen allgemeinem Schuldrecht, dem besonderen Vertragsrecht und dem außervertraglichen Schuldrecht differenziert.

a. Allgemeines Schuldrecht

Im allgemeinen Schuldrecht haben etwa die Regelungen über die AGB-Kontrolle und die Verbraucherschützenden Vorschriften eine regulierende Funktion. Auf die Regulierungsfunktion der AGB-Kontrolle wurde bereits oben ausführlich eingegangen.⁹

Im Bereich des Verbraucherschutzes kommt insbesondere den Widerrufsrechten eine regulatorische Funktion zu. Sie zielen im Kern darauf ab, Marktversagen zu verhindern, wenn bei einer Überrumpelung (vgl. §§ 312b, 312g Abs. 1 BGB; § 305 KAGB) die Möglichkeit zu einem Preis-/Leistungsvergleich entfällt, im Fernabsatz (vgl. §§ 312c, 312g Abs. 1 BGB; § 4 FernUSG) die Rückgabekonditionen der einzelnen Versandhändler aufgrund ihrer Uneinheitlichkeit einen Preis- und Qualitätswettbewerb behindern oder bei Verträgen mit langfristigen Zahlungsverpflichtungen die Gefahr droht, dass Verbraucher aufgrund aggressiver Marketingstrategien der Unternehmen ihre finanzielle Leistungsfähigkeit überschätzen (vgl. §§ 485, 495 Abs. 1, 506 Abs. 1, 510 Abs. 2 BGB; § 8 VVG).¹⁰ Ebenfalls regulatorischer Natur ist die Regelung des § 241a Abs. 1 BGB, derzufolge durch die Lieferung unbestellter Waren oder die Erbringung unbestellter Dienstleistungen ein Anspruch gegen einen Verbraucher nicht begründet wird. Obwohl diese Rechtsfolge sich bereits aus dem vertraglichen Konsensprinzip ergibt,¹¹ enthält die Regelung eine darüber hinausgehende Sanktion, indem sie auch gesetzliche Ansprüche (insbesondere § 985 BGB) ausschließt. Durch diese Sanktion, die gerade darauf ausgerichtet ist, Unternehmer abzuschrecken, erhält die Vorschrift einen regulatorischen Charakter.

Weitere Beispiele für regulatorische Normen im allgemeinen Schuldrecht sind die Änderungen durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.¹² Durch dieses Gesetz wurde der Verzugszins im geschäftlichen Rechtsverkehr auf neun Prozentpunkte über dem Basissatz angehoben und um einen pauschalierten Mindestschadensersatz ergänzt, an dessen vertragliche Abbedingung hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. § 288 Abs. 2, 5 und 6 BGB). Zudem wurde mit § 271a BGB eine Regelung eingefügt, die der Vereinbarung von langen Zahlungs-, Überprüfungs- oder Abnahmefristen enge Grenzen setzt.

⁹ Dazu bereits ausführlich oben S. 84 und S. 92 ff.

¹⁰ Ausführlich dazu *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 796 f.

¹¹ Sehr kritisch zu der Regelung daher *Flume*, ZIP 2000, 1427, 1428 f.

¹² Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 22.07.2014, BGBl. I, S. 1218.

Den Änderungen liegt die Richtlinie 2011/7/EU zugrunde,¹³ deren Ziel unter anderem darin besteht, eine „Kultur der unverzüglichen Zahlung“ zu etablieren und „von der Überschreitung der Zahlungsfristen abzuschrecken“.¹⁴ Diese Begründungen zeigen, dass es nicht nur darum geht, die Position des Gläubigers im Interessenausgleich zu stärken, sondern aus volkswirtschaftlichen Gründen die Zahlungsmoral zu stärken – ein genuin regulatorisches Ziel.

b. Recht der einzelnen vertraglichen Schuldverhältnisse

Im besonderen Vertragsrecht existiert auch jenseits des Kaufrechts¹⁵ eine Vielzahl an regulatorischen Normen. So gilt insbesondere das Mietrecht, in seiner Ausprägung als „soziales Mietrecht“, als Musterbeispiel für das gewandelte „Sozialmodell“ des BGB¹⁶ bzw. als Inbegriff der „Materialisierung“ des Schuldrechts.¹⁷ Sofern damit lediglich die Mieter als solche geschützt werden, handelt es sich noch um einen (wertenden) Interessenausgleich und nicht um Regulierung. Allerdings verfolgt das Mietrecht auch eine Reihe gesellschaftlicher Regelungsziele und ist insoweit regulatorisch. Ein aktuelles Beispiel ist die „Mietpreisbremse“ gemäß § 556d Abs. 1 BGB. Diese soll die Möglichkeiten der Vermieter zu Mieterhöhungen beschränken, um zu verhindern, dass „Teile der Wohnbevölkerung [...] auf Dauer aus ihren angestammten Wohnquartieren verdrängt“ werden und „sich die Bevölkerungsstruktur in kurzer Zeit teilweise erheblich [verändert]“.¹⁸ Damit geht es nicht primär um den Schutz des individuellen Mieters, sondern wesentlich um eine sozial- und bevölkerungspolitische Zielsetzung. Ein weiteres Beispiel sind die bereits erwähnten Regelungen der §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1, 555d Abs. 1 BGB, denen zufolge der Mieter eine energetische Modernisierung des Gebäudes nicht nur dulden muss, sondern darüber hinaus auch für drei Monate keine Mietminderung geltend machen darf. Damit wird das Mietrecht in den Dienst der so genannten „Energiewende“ gestellt.

Auch bei weiteren Vertragstypen finden sich regulatorische Normen oder Gerichtsentscheidungen. Beispielsweise verfolgt die gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrags (§§ 630a ff. BGB), neben dem Ziel der Kodifizierung von Richterrecht,¹⁹ auch explizit regulatorische Anliegen. So soll das Gesetz im All-

¹³ Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), ABl. EU L 48, S. 1.

¹⁴ Erwägungsgrund 12 zur Richtlinie 2011/7/EU.

¹⁵ Zu diesem ausführlich oben S. 99 ff.

¹⁶ Siehe nur *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), S. 21.

¹⁷ Vgl. *Wagner*, in: *Blaurock/G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 81.

¹⁸ Begr. RegE, BT-Drucks. 18/3121, S. 11. Krit. dazu etwa *Leuschner*, NJW 2014, 1929 ff.

¹⁹ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 17/10488, S. 9: „Bisher steht Wesentliches nicht im Gesetz, sondern ist Richterrecht. Welche Rechte Patientinnen und Patienten haben, wissen daher oftmals weder sie selbst noch die Behandlenden. Transparente gesetzliche Regeln geben deshalb beiden Seiten die nötige Sicherheit.“

gemeinen etwa dazu dienen, „Risiko- und Fehlervermeidungssysteme zu fördern, um die Behandlungsabläufe in immer komplexer werdenden medizinischen Prozessen zu optimieren“.²⁰

Im Reiserecht hat der EuGH entschieden, dass bei Flugbuchungen über das Internet bereits die erstmalige Preisangabe den Flugpreis vollständig gemäß der Regelung des Art. 23 Abs. 1 S. 1 LuftverkehrsdirVO²¹ ausweisen muss. Wettbewerbsverzerrende Teaser-Angebote sind nach dieser Rechtsprechung verboten.²² Damit wird nicht in erster Linie der konkrete Reisende geschützt, sondern vor allem die Markttransparenz erhöht und der Wettbewerb gestärkt.

c. Außervertragliches Schuldrecht

Im Bereich des außervertraglichen Schuldrechts ist insbesondere die Regulierungsfunktion des Deliktsrechts inzwischen weitgehend anerkannt.²³ Angestoßen durch die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts wird zunehmend die Präventionsfunktion des Deliktsrechts in den Vordergrund gerückt. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass deliktische Sorgfaltspflichten verwendet werden können, um die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bereits ex ante zu senken.²⁴ Dabei handelt es sich aber keineswegs um ein einseitiges Projekt der Rechtswissenschaft; vielmehr wird die Regulierungsfunktion des Deliktsrechts auch vom Gesetzgeber gezielt eingesetzt, um selbst auf Gebieten, die bereits einer umfassenden öffentlich-rechtlichen Regulierung unterliegen, weitere Steuerungswirkungen zu erzielen. So etabliert etwa § 17e EnWG im Bereich von Offshore-Windparks ein kompliziertes System der Schadensverhütung und -verteilung im Zusammenhang mit dem verspäteten Netzanschluss solcher Windparks.²⁵ Der Regulierungsfunktion des Deliktsrechts kommt insbesondere im Bereich des Wirtschaftsrechts eine große Bedeutung zu. Hier ist die Rechtsprechung der treibende Faktor. So haben in den letzten Jahren etwa das Kartelldeliktsrecht und das Kapitalmarktdeliktsrecht durch eine Reihe von Grundsatzurteilen erheblich an Bedeutung gewonnen.²⁶

²⁰ Begr. RegE, BT-Drucks. 17/10488, S. 9.

²¹ Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABl. EU L 293, S. 3.

²² EuGH, Urt. v. 15.01.2015, Rs. C-573/13, n. n. v. – Air Berlin.

²³ Grundlegend Wagner, AcP 206 (2006), 352, 454–471; ders., in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Vorbemerkungen zu §§ 823 ff. Rn. 40 f.

²⁴ Siehe aus der deutschen Literatur insbesondere Kötz / Wagner, Deliktsrecht¹² (2013), S. 32.

²⁵ Ausführlich dazu Wagner / Bsaïson, JZ 2014, 1031 ff.

²⁶ Grundlegend zur Haftung bei Verstößen gegen das Kartellrecht EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297 ff. – Courage; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619 ff. – Manfredi. Grundlegend zur Haftung für Verstöße gegen das Kapitalmarktrecht BGHZ 160, 134; 160, 149 sowie BGH NJW 2004, 2668. Siehe dazu auch Franck, Marktordnung durch Haftung, (2016); Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht

Aber auch im Bereich des Persönlichkeitsschutzes kommt der deliktischen Haftung eine wichtige Regulierungsfunktion zu, die unter dem Schlagwort „Caroline-Rechtsprechung“ bekannt geworden ist.²⁷ Kern dieser Rechtsprechung ist, dass laut BGH der Anspruch auf Geldentschädigung ausdrücklich der Genugtuung und der Prävention dienen soll.²⁸ Dass nicht die Kompensation, die im Deliktsrecht vorrangige Ausprägung der Interessenausgleichsfunktion ist, sondern ausschließlich Genugtuung²⁹ und Generalprävention Grund der Haftung sind, wird auch dadurch unterstrichen, dass der Anspruch nach der Rechtsprechung des BGH nicht vererblich ist.³⁰

Besonders interessant ist die Entwicklung des regulatorischen Deliktsrechts im Bereich der Unternehmenshaftung. Während der historische BGB-Gesetzgeber die Haftung der juristischen Personen für Delikte ihrer Angestellten durch die weitreichende Exkulpationsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB aus volkswirtschaftlichen Gründen möglichst begrenzen wollte³¹ und stattdessen eine deliktische Verantwortlichkeit nur bei Handeln eines „verfassungsmäßig berufenen Vertreters“ i. S. v. § 31 BGB in Betracht kommen sollte, suchte die höchstrichterliche Rechtsprechung schnell Wege, diese Begrenzung zu umgehen.³² Die wichtigsten Mittel waren die Entwicklung der deliktischen Organisationspflichten, die es ermöglichen, über § 31 BGB auch Pflichtverletzungen einfacher Angestellter dem Unternehmen zuzurechnen, sofern den verfassungsmäßig berufenen Vertretern eine Verletzung ihrer Organisationspflichten vorgeworfen werden kann,³³ und die Entwicklung der culpa in contrahendo mit Schutzwirkung für Dritte und Zurechnung des Handelns von Erfüllungsgehilfen i. S. v. § 278 S. 1 BGB ohne Exkulpationsmöglichkeit.³⁴ Während so auf der einen Seite – entgegen der regulatorischen Intention des historischen Gesetzgebers – eine Art allgemeine Unternehmenshaftung geschaffen wurde, bezog die Rechtsprechung auf der anderen Seite die dort zur Begründung herangezogenen Organisationspflichten auf die Organwalter persönlich, um auch deren persönliche Haftung im Außenverhältnis zu begründen.³⁵

(2012), S. 130–249; Zimmer/Höft, ZGR 2009, 662 ff.; speziell zur Kapitalmarkthaftung Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008).

²⁷ Grundlegend BGHZ 128, 1; 143, 214. Dazu etwa Körner, NJW 2010, 241, 242–245; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 384–386. Zur verfassungsrechtlichen Dimension ausführlich unten S. 295 f.

²⁸ BGHZ 128, 1, 15.

²⁹ Die Rechtsprechung betont die Wichtigkeit der Genugtuungsfunktion; vgl. zuletzt BGHZ 201, 45, 51, während in der Literatur eher der Präventionsgedanke hervorgehoben wird; vgl. Wagner, AcP 206 (2006), 352, 384–386, 469 f.

³⁰ BGHZ 201, 45, 48.

³¹ Siehe dazu Prot. II, S. 603.

³² Siehe dazu auch im Zusammenhang mit den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung unten S. 679 f.

³³ Grundlegend RGZ 53, 53, 57. Dazu auch bereits Hellgardt, WM 2006, 1514, 1522.

³⁴ BGHZ 66, 51, 55–58.

³⁵ BGHZ 109, 297, 303 f., 166, 84, 114–116; einschränkend nun aber BGHZ 201, 344, 348–354.

Damit ist insbesondere das regulatorische Ziel verbunden, die Präventionswirkung der Haftung zu verstärken.

3. Sachenrecht

Das Sachenrecht wurde bereits oben ausführlich auf regulatorische Elemente untersucht,³⁶ wobei der Schwerpunkt aber auf gesetzgeberischer Regulierung lag.³⁷ Deshalb soll im Folgenden lediglich anhand eines Beispiels gezeigt werden, dass auch die Rechtsprechung das Sachenrecht zu regulatorischen Zwecken einsetzt.

So hat der BGH in regulatorischer Rechtsfortbildung ein Recht des Eigentümers geschaffen, Fotografien eines Gebäudes, die von seinem Grundstück aus gemacht wurden, zu untersagen.³⁸ Diese Rechtsprechung ist aus rechtsdogmatischen Gründen kritisiert worden, weil sie den Schutzbereich des Eigentums überdehne und zudem die Grenzen des Immaterialgüterrechts sprengt.³⁹ Der BGH verfolgte mit dieser Rechtsprechung aber vorrangig das Ziel, dem Eigentümer das exklusive Recht auf die „gewerbliche Nutzung“ seines Eigentums zu sichern.⁴⁰ Dabei handelt es sich zunächst um einen reinen Interessenausgleich, der wesentlich zugunsten des Eigentümers ausfällt. Der Rechtsprechung kommt aber zugleich eine regulatorische Bedeutung zu, da sie darauf abzielt, einen gesamten Markt – den Markt für gewerbliche Film- und Fotoaufnahmen – einer grundlegenden Regelung zuzuführen. Denn die wirtschaftliche Bedeutung eines solchen Rechts des Eigentümers zeigt sich vor allem in der Befugnis, von fremdem Eigentum aus gewerbliche Filmaufnahmen zu machen, die parallel zum Fotografierrecht ebenfalls einer Einwilligung des Eigentümers bedarf. Diese rechtliche Konstruktion bildet die Grundlage für die millionenschwere Vermarktung der im Gesetz als solche nicht vorgesehenen „Übertragungsrechte“ sportlicher Großveranstaltungen wie etwa der Fußballbundesliga.⁴¹

4. Familienrecht

Das Familienrecht ist ein Rechtsgebiet, mit dem der Gesetzgeber traditionell Regulierungszwecke verfolgt; nicht zuletzt deshalb wurde die Zugehörigkeit des Familienrechts zum Privatrecht teilweise infrage gestellt.⁴² Aktuelles Anschauungsmaterial für die Regulierungsfunktion des Familienrechts bieten zwei große

³⁶ Siehe oben S. 120 ff.

³⁷ Siehe aber S. 132 ff. zur richterrechtlichen Etablierung des Anwartschaftsrechts.

³⁸ Siehe BGH NJW 2011, 749. Zuvor bereits gleichsinnig BGH NJW 1975, 778.

³⁹ Beispielhaft Kübler, in: FS Baur (1981), S. 51 ff.; Schack, JZ 2011, 375 f.

⁴⁰ Vgl. BGH NJW 1975, 778. Siehe auch BGH NJW 2011, 749, 750.

⁴¹ Zur Bedeutung der genannten BGH-Rechtsprechung in diesem Zusammenhang siehe nur Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG⁴ (2013), Vorbemerkung zu §§ 70 ff. Rn. 20.

⁴² Vgl. dazu Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ (2010), S. 8 f., die aber selbst für eine Zuordnung zum Privatrecht eintreten.

Reformen der letzten zwei Jahrzehnte: Die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft und die Unterhaltsreform 2008.

Die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft stellte zunächst einmal eine neue rechtliche Infrastruktur zur Verfügung, die neben die herkömmliche Ehe trat. Allerdings verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung auch ein explizit regulatorisches Ziel, wie es bereits in dem Namen des einführenden Artikelgesetzes „Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften“⁴³ zum Ausdruck kommt. Das regulatorische Ziel bestand also darin, die soziale Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Beziehungen zu erhöhen.⁴⁴ Empirische Untersuchungen zeigen, dass dieses Ziel auch weitgehend erreicht wurde, homosexuelle Partnerschaften – auch solche, in denen Kinder aufwachsen – sind heutzutage sozial weitgehend akzeptiert.⁴⁵ Das BVerfG hat in der Folgezeit dieses zunächst gesellschaftliche Regulierungsziel aufgegriffen und auch für eine weitreichende rechtliche Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe gesorgt.⁴⁶

Auch mit der Unterhaltsreform 2008⁴⁷ verfolgte der Gesetzgeber explizit Regulierungszwecke. Vor der Reform kam dem geschiedenen, unterhaltsberechtigten Ehegatten die zentrale Stellung zu, was sich insbesondere in den Regelungen der §§ 1582, 1609 BGB a. F. ausdrückte, denen zufolge der geschiedene Ehegatte stets einen erstrangigen Unterhaltsanspruch hatte. Angesichts eines erheblichen

⁴³ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.02.2001, BGBl. I, S. 266. Siehe insbesondere Art. 1: Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft.

⁴⁴ Dieses gesellschaftliche Regulierungsziel kam insbesondere im Rahmen der parlamentarischen Debatte zur Sprache; vgl. z. B. die Äußerungen der Abgeordneten *Margot von Renesse* (SPD) bei der Ersten Beratung; BT-Plenarprotokoll 14/115 07.07.2000 S. 10960 (A) – (B): „Dass ältere Jahrgänge mit dem Thema große Schwierigkeiten haben, kann ich verstehen; ich kenne das auch aus meiner eigenen engeren Familie. Es ist für alte Menschen weiß Gott eine große Herausforderung. Welch einen Wandel haben diese Menschen in ihrem Leben bezüglich dieses Themas erlebt! Als sie jung waren, war es eine tödliche Bedrohung; es führte ins KZ. Als sie älter wurden, war es – sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der DDR – über lange Zeit hochgradig strafbar und mit lebenslanger gesellschaftlicher Ächtung verbunden. Noch bis vor kurzem bestanden Unterschiede bei der Strafbarkeit hetero- und homosexueller Übergriffe, die erst in jüngster Zeit eingeebnet wurden. Und jetzt soll die Lebenspartnerschaft anerkannt werden?“

⁴⁵ Vgl. *Gründler/Schiefer*, Bevölkerungsforschung 2013/04, 18 ff.; *Institut für Demoskopie Allensbach*, Monitor Familienleben 2012, 2012 (http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_studies/Monitor_Familienleben_2012.pdf), S. 41 f.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 124, 199 (Ungleichbehandlung bei Hinterbliebenenversorgung verfassungswidrig); BVerfGE 126, 400 (Ungleichbehandlung bei Erbschaftsteuer und Schenkungssteuer verfassungswidrig); BVerfGE 131, 239 (Ungleichbehandlung bezüglich des beamtenrechtlichen Familienzuschlags verfassungswidrig); BVerfGE 132, 179 (Ungleichbehandlung bezüglich Ausnahme von der Grunderwerbsteuerpflicht verfassungswidrig); BVerfGE 133, 59 (Ausschluss der Sukzessivadoption durch Lebenspartner verfassungswidrig); BVerfGE 133, 377 (Ausschluss des Ehegattensplittings für Lebenspartner verfassungswidrig).

⁴⁷ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189.

Anstiegs der Scheidungsrate und immer kürzeren Ehedauern sowie – damit zusammenhängend – dem Trend zur Gründung von „Zweitfamilien“, verbunden mit einer stärkeren Unabhängigkeit von Frauen, erschienen dem Gesetzgeber die durch das bisherige Recht gesetzten Anreize nicht mehr angemessen.⁴⁸ Mit der Reform verfolgte er neben der Vereinfachung des Unterhaltsrechts insbesondere die Ziele, das Kindeswohl zu stärken, den Grundsatz der Eigenverantwortung nach der Ehe zu betonen, Zweitfamilien zu entlasten und die Position nicht verheirateter Eltern zu stärken.⁴⁹ Die wichtigsten Instrumente dazu waren die gesetzliche Festschreibung des Grundsatzes der Eigenverantwortung in § 1569 BGB n.F., die Möglichkeit, gemäß eines neuen § 1578b BGB den nachehelichen Unterhalt herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, und eine Neuregelung der Rangfolge im (standardmäßig auftretenden) Mangelfall gemäß § 1609 BGB, derzufolge Kindern stets der erste Rang zukommt, gefolgt von kinderbetreuenden Ehegatten und nach langer Ehe geschiedenen Ehegatten, während insbesondere sonstige aktuelle und geschiedene Ehegatten nachrangig sind.⁵⁰

Eine regulatorische Bedeutung kommt dem gesetzgeberischen Ziel zu, Zweitfamilien zu stärken. Damit verfolgt der Gesetzgeber nicht nur das Ziel, die Interessen der geschiedenen Ehegatten in einen Ausgleich zu bringen, sondern fördert gesellschafts- und familienpolitische Anliegen, die über das Verhältnis von Unterhaltsschuldner und -berechtigtem hinausreichen. Dieses Regulierungsziel wurde durch die Rechtsprechung aktiv aufgenommen.⁵¹ Das ebenfalls durch die Reform verfolgte regulatorische Ziel, die Zahl minderjähriger Sozialhilfeempfänger zu reduzieren,⁵² wurde nach dem Ergebnis erster Evaluationen dagegen nur teilweise erreicht.⁵³

Diese Beispiele verdeutlichen, dass es gerade im Familienrecht nicht (nur) darum geht, einen angemessenen Interessenausgleich zu erreichen, sondern dass der Gesetzgeber das Bürgerliche Recht einsetzt, um Familien- und Gesellschaftspolitik zu betreiben, d. h. zu regulieren.

⁴⁸ Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1830, S. 12.

⁴⁹ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1830, S. 1, 13 f.

⁵⁰ Siehe zu den Zielen und Instrumenten der Reform auch die Darstellung bei BVerfGE 128, 193, 195–198.

⁵¹ Siehe zunächst BGHZ 171, 206, 215, wonach sich das Maß des nachehelichen Unterhalts anhand der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ bestimmen sollte. Diese Rechtsprechung wurde allerdings durch BVerfGE 128, 193, 215 für verfassungswidrig erklärt. Siehe nunmehr BGHZ 192, 45, 62, wonach bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners gegenüber dem geschiedenen Ehegatten die Existenz einer Zweitfamilie zu berücksichtigen ist. Ausführlich zu dieser Rechtsprechung unten S. 704 f.

⁵² Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 16/1830, S. 13.

⁵³ Willenbacher, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 369, 377–386.

5. Erbrecht

Im Erbrecht stellt die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte⁵⁴ Testierfreiheit des Erblassers das Grundprinzip dar. Soweit der Erblasser frei verfügen darf und dies auch tatsächlich tut, scheidet eine Regulierung deshalb von vornherein aus. Darüber hinaus ist das Erbrecht durch Regelungen zum Interessenausgleich geprägt, die teilweise zwingend ausgestaltet sind. Dies gilt insbesondere für das Pflichtteilsrecht, welches nach einem Urteil des BVerfG sogar durch das Grundgesetz zwingend vorgegeben ist. Das verfassungsrechtlich determinierte Ziel besteht demnach darin, „der Testierfreiheit des Erblassers und der damit für ihn eröffneten Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu ‚bestrafen‘, Grenzen“ zu setzen.⁵⁵ Da sich dieses Ziel auf das Verhältnis zwischen Erblasser und gesetzlichen Erben beschränkt, handelt es sich noch um einen (wertenden) Interessenausgleich. Dass das Pflichtteilsrecht allein den Interessen der Beteiligten dient, zeigt auch die Zulässigkeit des so genannten „Behindertentestaments“.⁵⁶

Trotzdem existieren auch im Erbrecht eine Reihe regulatorischer Vorschriften, die nicht mehr allein die Freiheit des Erblassers oder das Verhältnis von Erblasser und potentiellen Erben betreffen, sondern darüber hinausreichende politische Ziele verfolgen.⁵⁷ Hier sind etwa solche Regelungen zu nennen, die verhindern sollen, dass die Erbmasse dauerhaft dem rechtlichen Verkehr entzogen ist und insbesondere nicht als Haftungsmasse für die Verbindlichkeiten der Erben zur Verfügung steht. Zwar erlauben einige erbrechtliche Vorschriften Gestaltungen, die dazu führen, dass dem Erben zwar die Nutzungen der Erbmasse zugutekommen, das ererbte Vermögen aber nicht zur Befriedigung seiner persönlichen Gläubiger zur Verfügung steht, so dass im Ergebnis die gleichen Wirkungen wie bei den oben behandelten Familienfideikommissen und Familienstiftungen⁵⁸ eintreten – so insbesondere die Anordnung der Nacherbschaft (vgl. §§ 2111 Abs. 1 S. 1 a.E., 2113, 2115 BGB) oder einer Dauertestamentsvollstreckung (vgl. §§ 2209, 2211 Abs. 1, 2214 BGB). Solche Gestaltungen sind aber im Regelfall für höchstens dreißig Jahre zugelassen (vgl. §§ 2109, 2210 BGB). Mit einer solchen Beschränkung stellt der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse sicher, dass erbrechtlich begründete Haftungsexklaven, die das grundlegende Prinzip der Güterzuordnung⁵⁹ durchbrechen, eine zeitlich begrenzte Ausnahme bleiben.

⁵⁴ Siehe nur *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 14 Rn. 297, 303 m. w. N.

⁵⁵ BVerfGE 112, 332, 352–354.

⁵⁶ Ein „Behindertentestament“, das zu einer vor dem Rückgriff der Sozialkassen gesicherten Versorgung besonders bedürftiger Abkömmlinge führt, stellt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung keinen Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB wegen gezielter Benachteiligung des Sozialhilfeträgers dar; siehe BGHZ 111, 36, 39–43; 123, 368, 378; 188, 96, 101–109. Krit. dazu *Armbrüster*, in: FS Sacker (2011), S. 13, 20–22.

⁵⁷ Zu den politischen Zielen des Erbrechts jüngst umfassend *Dutta*, Warum Erbrecht? (2014).

⁵⁸ Siehe oben S. 142 ff.

⁵⁹ Zu diesem oben S. 136 ff. *Dutta*, Warum Erbrecht? (2014), S. 32 spricht insoweit von „Haftungsteilhabe“.

II. Regulatorische Elemente im Sonderprivatrecht

Nachdem bislang ausschließlich auf das BGB eingegangen wurde, sollen im Folgenden auch einige Beispiele für regulatorisches Privatrecht aus verschiedenen Bereichen des Sonderprivatrechts angeführt werden. Dass in diesen Rechtsgebieten besonders reichhaltiges Anschauungsmaterial existiert, sollte nicht verwundern, gibt es doch sogar Versuche, das Sonderprivatrecht an sich oder etwa das „Wirtschaftsrecht“ als einen Bereich bzw. Teilbereich zu definieren, der sich durch ebensolche Steuerungstendenzen auszeichnet.⁶⁰

1. Handelsrecht

Das Handelsrecht ist wesentlich dadurch geprägt, dass es Vorgaben des allgemeinen Bürgerlichen Rechts den Bedürfnissen des Handelsverkehrs anpasst und scheint daher zunächst vor allem dem standardisierten Interessenausgleich zu dienen. Trotzdem enthält es auch eine Reihe regulatorischer Regelungen. So erweitert § 366 HGB die regulatorischen Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb⁶¹ für den Handelsverkehr, indem beim Erwerb von einem Kaufmann auch der gute Glaube an dessen Verfügungsbefugnis geschützt wird. Ohne eine solche Erweiterung wäre das Regulierungsziel, die Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern zu erleichtern, erheblich beeinträchtigt, weil im Handelsverkehr häufig in Kommission veräußert wird.⁶² Daneben verfolgt aber z. B. auch § 353 S. 1 HGB, demzufolge im Handelsverkehr Fälligkeitszinsen geschuldet werden, regulatorische Zwecke, nämlich das Ziel, im volkswirtschaftlichen Gesamtinteresse die Zahlungsmoral zu verbessern.⁶³

2. Arbeitsrecht

Auch das Arbeitsrecht enthält einige regulatorische Regelungen. Ein Beispiel ist die neue Rechtsprechung des BGH zum Ausschluss des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes bei Schwarzarbeit. Dabei begründet der BGH die Rechtsanwendung ausdrücklich mit der erhofften „generalpräventiven Wirkung“ einer

⁶⁰ Siehe z. B. *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217 ff.; *H. P. Westermann*, AcP 178 (1978), 150 ff. Jüngst auch *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 13, die die „besondere funktionale Ausrichtung [des Wirtschaftsrechts] auf die Umsetzung wirtschaftspolitischer Ziele“ betont.

⁶¹ Siehe dazu oben S. 149 ff.

⁶² Siehe dazu die Denkschrift zur Reichstagsvorlage des HGB (1897), S. 221–223. Die Vorgängerregelung des Art. 306 ADHGB (zu dieser oben S. 150 mit Fn. 333) hatte allgemein auf den „redlichen Erwerber“ abgestellt, worunter im Handelsverkehr auch der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis gefasst wurde; so Denkschrift, aaO., S. 221.

⁶³ Die Regelung bestand bereits in gleicher Weise in Art. 289 ADHGB; zu deren Entstehung siehe *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht (1996), S. 37–39 m. w. N. Zum Regelungsziel der Zahlungsbeschleunigung siehe auch bereits oben S. 157 f.

strikten Anwendung von § 817 S. 2 BGB. Die Begründung gipfelt im dem Satz: „Wer bewusst gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstößt, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen“. ⁶⁴ Auch der zum Januar 2015 eingeführte allgemeine gesetzliche Mindestlohn gemäß § 1 MiLoG verfolgt regulatorische Zwecke. Die Regelung dient nicht allein dem Schutz des individuellen Arbeitnehmers im Rahmen eines standardisierten Interessenausgleichs, sondern bezweckt zugleich den Schutz der sozialen Sicherungssysteme, indem sie Lohndumping zulasten der Allgemeinheit verhindern soll. ⁶⁵

Einen Grenzfall zwischen Interessenausgleich und Regulierung bildet das Kündigungsschutzrecht. So transformiert zunächst § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG eindeutig sozialpolitische Ziele in das privatrechtliche Arbeitsverhältnis, indem er vorschreibt, dass sich die Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit, dem Lebensalter, den Unterhaltungspflichten und der Schwerbehinderung des Arbeitnehmers zu richten hat. Allerdings enthält § 1 Abs. 1 S. 2 KSchG eine Gegenausnahme, derzufolge berechnete betriebliche Interessen im Einzelfall eine andere Auswahl rechtfertigen können. Diese Regelung stellt das „Ergebnis der Verhandlungen der Sozialpartner“ dar. ⁶⁶ In der konkreten Handhabung der Norm verlangt die arbeitsrechtliche Rechtsprechung eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den Kriterien der Sozialauswahl und den betrieblichen Interessen; betriebliche Interessen als solche reichen regelmäßig nicht aus, um eine dem öffentlichen Interesse entgegenlaufende Auswahl zu rechtfertigen. ⁶⁷ Im Ergebnis ist die Sozialauswahl eher einem sehr weitreichenden Interessenausgleich zuzuordnen, der nicht nur die Parteien des einzelnen Arbeitsverhältnisses, sondern alle Beschäftigten, unter denen die Sozialauswahl vorzunehmen ist, umfasst. Der gesetzliche Kriterienkatalog richtet diesen Ausgleich aber (auch) an öffentlichen Interessen aus.

3. Gesellschaftsrecht

Das Gesellschaftsrecht ist grundsätzlich Ausdruck der Organisationsfunktion des Rechts, ⁶⁸ d.h. es dient der Strukturierung menschlichen Handelns durch die Einführung von checks and balances, ohne damit bereits ein konkretes politisches Ziel zu verfolgen. Trotzdem enthält auch das Gesellschaftsrecht eine Vielzahl regulatorischer Normen. ⁶⁹ Im Kapitalgesellschaftsrecht wird bereits seit

⁶⁴ BGHZ 201, 1, 9. Siehe auch BGH NJW 2015, 2406, 2407 („abschreckende Wirkung“).

⁶⁵ Siehe dazu insbesondere C. Picker, RdA 2014, 25, 29 f.

⁶⁶ Begr. RegE, BT-Drucks. Nr. 2090 (1. Wahlperiode), S. 12.

⁶⁷ Siehe z.B. BAG NZA 2012, 1040, 1042.

⁶⁸ Zu dieser oben S. 62 f.

⁶⁹ Zur Regulierungsfunktion des Gesellschaftsrechts siehe auch Fleckner, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 734, der allerdings einen sehr weiten Regulierungsbegriff zugrunde legt, welcher auch den hier so genannten standardisierten Interessenausgleich umfasst.

längerer Zeit wird über die Corporate Governance diskutiert,⁷⁰ also den rechtlichen Rahmen, der nicht nur zum Schutz der Gesellschafter, sondern maßgeblich auch aus volkswirtschaftlichen Gründen sicherstellen soll, dass die Organwalter das Unternehmen im Interesse der Gesellschafter und weiterer Interessengruppen führen, und dabei speziell über die Organhaftung (vgl. §§ 93, 116 AktG, § 43 GmbHG) als regulatorisches Instrument.⁷¹

Regulierung im Bereich des Gesellschaftsrechts beschränkt sich aber nicht auf die Kapitalgesellschaften. Im Bereich des Personengesellschaftsrechts hat etwa § 176 HGB regulatorischen Charakter, indem er die Haftungsbeschränkung des Kommanditisten grundsätzlich von dessen Eintragung abhängig macht und so im Wege der präventiven Verhaltenssteuerung verhindert, dass sich die Gesellschaft nach außen mit kreditwürdigen Gesellschaftern brüstet, die im späteren Haftungsfall darauf verweisen können, dass sie ihre begrenzte Einlage bereits geleistet haben. Deshalb entfällt (anders als bei der Eintragung einer Kapitalgesellschaft⁷²) die Haftung auch nicht bei einer späteren Eintragung.⁷³

Auch im Recht der Publikumspersonengesellschaft existieren viele regulatorische Elemente, die insbesondere durch die Rechtsprechung begründet wurden.⁷⁴ Ein aktuelles Beispiel⁷⁵ ist die Rechtsprechung des BGH zum Anspruch des Gesellschafters (und Treuhand-Gesellschafters) auf Auskunft über die Namen seiner Mitgesellschafter im Publikumspersonengesellschaftsrecht.⁷⁶ Diese Rechtsprechung ermöglicht es insbesondere spezialisierten Anlegerschutzanwälten, größere Gruppen an als Kapitalanleger direkt oder indirekt an Publikumsgesellschaften beteiligten Gesellschaftern anzusprechen, um Gesellschafterrechte, insbesondere mögliche Schadensersatzansprüche gegen das Management, geltend zu machen.⁷⁷ Damit handelt es sich um eine Regelung auf der Grenze zwischen Interessenausgleich und Regulierung. Soweit die Geltendmachung möglicher Schadensersatzforderungen aber auch darauf abzielt, präventiv-verhaltenssteuernde

⁷⁰ Grundlegend für die internationale Diskussion *Hopt/Kanda/Roe u. a.* (Hrsg.), *Comparative Corporate Governance* (1998) sowie *Kraakman/Armour/Davies u. a.* (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law*² (2009). Zur deutschen Diskussion siehe insbesondere *Habersack*, Gutachten E für den 69. DJT (2012). Zur Diskussion bei geschlossenen Kapitalgesellschaften grundlegend *Bachmann/Eidenmüller/Engert u. a.* (Hrsg.), *Rechtsregeln für die geschlossenen Kapitalgesellschaft*, ZGR Sonderheft Nr. 18 (2012).

⁷¹ Siehe dazu nur die umfassende Untersuchung von *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT (2014).

⁷² Siehe nur BGHZ 134, 333, 336–338 (wonach sich die Außenhaftung allerdings in eine interne Verlustdeckungshaftung umwandelt).

⁷³ Siehe nur *M. Roth*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB³⁶ (2014), § 176 Rn. 1.

⁷⁴ Dazu auch sogleich unten S. 170.

⁷⁵ Dazu ausführlich *Tröger*, in: *Hopt/Tzouganatos* (Hrsg.), *Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen* (2014), S. 297, 311–315.

⁷⁶ BGH NJW 2010, 439 f.; NJW 2011, 921, 922–924; BGHZ 196, 131, 135–150; BGH ZIP 2015, 319 ff.

⁷⁷ Dazu *Tröger*, in: *Hopt/Tzouganatos* (Hrsg.), *Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen* (2014), S. 297, 314 f.

Wirkung zu entfalten und damit die Corporate Governance der Publikumspersonengesellschaft insgesamt zu stärken, handelt es sich (auch) um eine regulatorische Rechtsprechung.

4. Wettbewerbsrecht

Das Kartellrecht (Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen) und das Lauterkeitsrecht (Recht gegen unlauteren Wettbewerb) bilden gemeinsam das so genannte „Wettbewerbsrecht“. Die Zusammenfassung beruht darauf, dass beide Gebiete ein einheitliches Ziel verfolgen, nämlich den Schutz des Wettbewerbs im Allgemeininteresse und im Interesse der Marktteilnehmer.⁷⁸ Dieses generelle Ziel legt bereits nahe, dass beide Bereiche des Wettbewerbsrechts auch regulatorische Zwecke verfolgen.

a. Kartellrecht

Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen („Kartellverbot“) gemäß Art. 101 AEUV bzw. § 1 GWB⁷⁹ ist darauf ausgerichtet, den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt vor privaten Beeinträchtigungen zu bewahren⁸⁰ bzw. (so die traditionelle Lesart) den Wettbewerb als Institution zu schützen.⁸¹ Obwohl die Zuordnung des Wettbewerbsrechts zum Privatrecht nicht unbestritten ist,⁸² bestehen jedenfalls weitreichende Bezüge: So dient das Kartellverbot nach traditioneller Auffassung dazu, die Privatautonomie gegen nichtstaatliche Beeinträchtigungen zu schützen.⁸³ Unabhängig von den vielen Streitfragen um die dogmatische Einordnung des Kartellrechts hat jedenfalls die privatrechtliche Kartellrechtsdurchsetzung in den letzten Jahren in Folge einer Reihe grundlegender EuGH-Urteile weiter an Wichtigkeit gewonnen.⁸⁴ Dem hat der deutsche Gesetzgeber durch die Neufassung von § 33 GWB im Zuge der 7. GWB-Novelle⁸⁵ und die EU durch den Erlass der Kartellschadensersatz-Richtlinie⁸⁶ Rechnung getragen. Gerade auch dann,

⁷⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG³³ (2015), Einleitung Rn. 6.11; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG⁶ (2014), Einführung A Rn. 22.

⁷⁹ Soweit solche Vereinbarungen den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können, gilt gemäß Art. 3 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG L 1, S. 1 ein materieller Vorrang der unionsrechtlichen Bestimmungen.

⁸⁰ Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 1⁵ (2012), Art. 101 Abs. 1 Rn. 3.

⁸¹ Vgl. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2⁵ (2014), § 1 GWB Rn. 12.

⁸² Siehe dazu auch unten S. 542 f., Fn. 124.

⁸³ Dazu unten S. 536.

⁸⁴ Dazu bereits oben S. 159 mit Fn. 26.

⁸⁵ Siebtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 07.07.2005, BGBl. I, S. 1954.

⁸⁶ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen

wenn man das Kartellrecht als primär auf den Schutz der Wettbewerbsordnung bezogen ansieht, kommt der privaten Rechtsdurchsetzung eine zentrale Rolle zu.⁸⁷

b. Recht des unlauteren Wettbewerbs

Die regulatorische Intention des Lauterkeitsrechts ergibt sich direkt aus der gesetzlichen Zielbestimmung des § 1 UWG, demzufolge das UWG dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen dient und zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb schützt. Die Besonderheit des Regelungsansatzes besteht gerade darin, dass vorrangig privatrechtliche Rechtsbehelfe wie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche (vgl. § 8 UWG), Schadensersatz (vgl. § 9 UWG) und Gewinnabschöpfung (vgl. § 10 UWG) eingesetzt werden, um im öffentlichen Interesse Marktverhaltensrecht durchzusetzen. Besondere Bedeutung kommt dabei der Regelung des § 4 Nr. 11 UWG zu, die es ermöglicht, auch Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Marktverhaltensregelungen lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren.⁸⁸ Damit erfüllt die Norm eine dem § 823 Abs. 2 BGB vergleichbare Funktion, nur dass sie insoweit viel weiter reicht, als es nicht um den Schutz eines geschädigten Privaten, sondern der Verbraucher, der Mitbewerber und der sonstigen Marktteilnehmer insgesamt geht.⁸⁹ Dieser Ansatz ist keineswegs allein den sachlichen Besonderheiten des Lauterkeitsrechts geschuldet; wie der Rechtsvergleich zeigt, setzen die meisten europäischen Rechtsordnungen auf die Rechtsdurchsetzung durch Behörden oder Ombudspersonen.⁹⁰ Damit nimmt das deutsche Lauterkeitsrecht eine Sonderstellung ein, indem es gezielt die Regulierungsfunktion des Privatrechts fruchtbar macht.

5. Versicherungsrecht

Das Versicherungsrecht erfüllt ebenfalls einige regulatorischer Zwecke, insbesondere das Recht der Haftpflichtversicherung im Zusammenspiel mit dem außervertraglichen Schadensersatzrecht. So bestehen eine Reihe versicherungsvertraglicher Möglichkeiten, mit denen der Versicherer gegen das so genannte „moralische Risiko“ vorgehen kann, dass der Versicherungsnehmer aufgrund des

Zu widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU L 349, S. 1.

⁸⁷ Prägnant *Karsten Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 188: „Kartellrechtsgemäß ist die Frage, wen das Kartellrecht um des Wettbewerbs willen in die Pflicht nimmt und wem es um des Wettbewerbs willen Abwehr- und Schadensersatzrecht zuteilt.“

⁸⁸ Dazu *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG³³ (2015), § 4 Rn. 11.6.

⁸⁹ Zur Bedeutung der (Vorgänger-)Regelung aus öffentlich-rechtlicher Sicht siehe *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 261, 280.

⁹⁰ Siehe *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG⁶ (2014), Einführung B Rn. 31.

Versicherungsschutzes geringeren Wert auf die Einhaltung der Sorgfaltsanforderungen legt.⁹¹ Indem die Gerichte derartige Vertragsklauseln AGB-rechtlich billigen und § 103 VVG sogar ausdrücklich einen Leistungsausschluss im Falle vorsätzlicher Schädigungen vorsieht, nutzt die staatliche Rechtsordnung die Verhaltensbeeinflussung des potentiellen Schädigers im Wege einer „indirekten Regulierung“.⁹² Soweit mit solchen Regelungen nicht lediglich die Versicherung vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme geschützt werden soll, sondern zugleich die Absenkung des moralischen Risikos auch im Interesse Dritter (etwa potentieller Opfer) Regelungszweck ist, handelt es sich um regulatorisches Privatrecht.

6. Kapitalmarktrecht

Das Kapitalmarktrecht enthält einerseits Regelungen, die funktional betrachtet das Gesellschaftsrecht der börsennotierten Aktiengesellschaften („Emittenten“) ergänzen,⁹³ und andererseits Vorschriften für die Kapitalmarktintermediäre wie z. B. Banken, Börsen und weitere Handelsplattformen, Finanzanalysten oder Ratingagenturen. Obwohl die Materie vornehmlich im Verwaltungsrecht geregelt ist und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht als Aufsichtsbehörde die Rechtsdurchsetzung übernimmt, gibt es in beiden Regelungsbereichen eine Vielzahl an Vorschriften mit direkter oder indirekter privatrechtlicher Relevanz.

So ist etwa das emittentenbezogene Kapitalmarktrecht durch privatrechtliche Haftungstatbeständen geprägt – am ältesten und wichtigsten ist dabei die Prospekthaftung.⁹⁴ Diese wurde für die börsennotierten Unternehmen erstmals durch das BörsG 1896 statuiert, ab den späten 1970er Jahren für den Bereich des (zunächst) unregulierten „grauen Kapitalmarkts“, der insbesondere aus direkten oder treuhänderisch vermittelten Beteiligungen an Publikumspersonengesellschaften besteht, maßgeblich durch den BGH entwickelt und schließlich durch den Gesetzgeber vereinheitlicht.⁹⁵ Diese Haftungsvorschriften verfolgen im Kern regulatorische Zwecke, indem sie die Anleger nicht nur zum eigenen, sondern auch zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung ermächtigen.⁹⁶

Aber auch bei der Regulierung von Marktintermediären kommt verstärkt Privatrecht zum Einsatz. Ein aktuelles Beispiel ist die Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten gemäß Art. 35a Ratingagenturen-Verordnung,⁹⁷ mittels derer ein Katalog öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten

⁹¹ Dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 455.

⁹² Zu dieser ausführlich unten S. 478 ff.

⁹³ *Fleischer*, ZIP 2006, 451, 454–459 spricht insoweit von „Börsengesellschaftsrecht“.

⁹⁴ Für eine Übersicht siehe *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 9–43.

⁹⁵ Zu den dadurch verursachten Friktionen siehe ausführlich *Hellgardt*, ZBB 2012, 73 ff.

⁹⁶ Dazu auch bereits oben S. 159 mit Fn. 26.

⁹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom

privatrechtlich durchgesetzt wird. Der regulatorische Einsatz des Privatrechts ist dabei aber keineswegs auf das Deliktsrecht beschränkt. So statuiert etwa § 34 Abs. 2a WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen (im Wesentlichen sind dies Banken, aber auch unabhängige Anlageberater) die Pflicht, Anlageberatungsgespräche schriftlich zu protokollieren und gemäß § 34 Abs. 2b WpHG hat der Anleger einen privatrechtlichen Anspruch auf Herausgabe einer Ausfertigung dieses Protokolls. Ziel der Neuregelung ist es, dem Anleger zu ermöglichen, „etwaige zivilrechtliche Ansprüche gegen das Unternehmen zu prüfen und durchzusetzen“.⁹⁸ Damit wird die Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Pflichten bei der Anlageberatung auf privatrechtlichem Wege gefördert.

7. Recht des geistigen Eigentums

Als letztes Gebiet des Sonderprivatrechts sollen regulatorische Elemente im Recht des geistigen Eigentums aufgezeigt werden. Ähnlich wie im Lauterkeitsrecht ist insbesondere im Patentrecht der regulatorische Zweck weithin anerkannt. So geht etwa der BGH davon aus, „dass das Patentrecht geschaffen wurde, um durch Gewährung eines zeitlich beschränkten Ausschließlichkeitsschutzes neue, nicht nahe gelegte und gewerblich anwendbare Problemlösungen auf dem Gebiet der Technik zu fördern“.⁹⁹ Primäres Ziel ist also nicht nur die (standardisierende) Abgrenzung der Interessensphäre zwischen Rechteinhaber und Dritten, sondern explizit die Innovationsförderung. Besonders deutlich kommt dieser Zweck darin zum Ausdruck, dass Patente gemäß § 16 PatG / Art. 63 EPÜ eine Schutzdauer von 20 Jahren genießen, während die geringeren Innovationsanforderungen unterliegenden Gebrauchsmuster gemäß § 23 Abs. 1 GebrMG nur für höchstens 10 Jahre Schutz genießen. Da im Urheberrecht weniger der wirtschaftliche Innovationsprozess als der Konflikt zwischen Urheber und Nutzer im Mittelpunkt steht, ist dort die Schutzdauer gemäß § 64 UrhG mit 70 Jahren nach dem Tode des Urhebers weitaus länger bemessen als im Bereich der wirtschaftsbezogenen Immaterialgüterrechte. Gerade diese Unterschiede zeigen, dass es im Kern (unterschiedliche) Steuerungsziele sind, die die Gestaltung der Immaterialgüterrechte bestimmen und nicht zuvörderst der Interessenausgleich zwischen Rechteinhaber und Dritten, die das Immaterialgüterrecht nutzen wollen.

16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. EU L 302, S. 1. Art. 35a wurde eingefügt durch die Änderungs-Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013, ABl. EU L 146, S. 1. Dazu auch unten S. 190.

⁹⁸ Begr. RegE, BT-Drucks. 16/12814, S. 28.

⁹⁹ BGHZ 149, 68, 74.

2. Teil

Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Umstand, dass – wie im 1. Teil gezeigt – große Teile des geltenden deutschen Privatrechts regulatorische Zwecke verfolgen und dass Privatrechtsnormen regelmäßig von den Zivilgerichten regulatorisch eingesetzt werden, besagt noch nichts über die rechtliche Zulässigkeit dieser Praxis. Eingangs wurde untersucht, inwieweit sich das in dieser Arbeit zugrunde gelegte Konzept von Regulierung mit Strukturelementen wie der Privatautonomie *rechtstheoretisch* in Einklang bringen lässt,¹ ohne dass dabei die Vereinbarkeit mit höherrangigen rechtlichen Vorgaben thematisiert wurde. Dies soll nun geschehen, indem den unions- und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht nachgegangen wird.

Die unterschiedlichen Normen des Rechtssystems sind nach allgemeiner Ansicht nicht gleichgeordnet, sondern bilden die Gesamtrechtsordnung in Form einer Normhierarchie oder -pyramide.² Auf nationaler Ebene steht das Grundgesetz an der Spitze dieser Hierarchie, mit der Folge, dass solche (formellen) Gesetze, die nicht mit den Vorgaben des Grundgesetzes in Einklang stehen, verfassungswidrig sind und vom BVerfG für nichtig erklärt werden.³ Soweit speziell die Verfassungsmäßigkeit des Privatrechts diskutiert wird, stehen die Grundrechte und der Modus ihrer Wirkungsweise im Mittelpunkt. Dabei geht es al-

¹ Siehe oben S. 64 ff.

² Siehe z. B. *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. VI Rn. 25; *Sachs*, in: ders., GG⁷ (2014), Art. 20 Rn. 102; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁶ (2010), Art. 20 Rn. 249, 253–260. Grundlegend zum Stufenbau der Rechtsordnung *Merkel*, in: FS Kelsen (1931), S. 252 ff.; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (1934), S. 62–89.

³ Aus Art. 100 Abs. 1 GG folgt, dass alleine dem BVerfG die Kompetenz zukommt, förmliche, nachkonstitutionelle Gesetze für nichtig zu erklären; vorkonstitutionelle Gesetze sowie sonstige Normen können auch von anderen Gerichten verworfen werden; vgl. BVerfGE 2, 124, 128. Vorkonstitutionelle Gesetze werden allerdings dann wie nachkonstitutionelle Gesetze behandelt, wenn der Gesetzgeber sie nach Inkrafttreten des Grundgesetzes „in seinen Willen aufgenommen“ hat, etwa indem das Gesetz neu verkündet wird; BVerfGE 66, 248, 254; 70, 126, 129 f. Das BGB wurde aufgrund von Art. 8 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I, S. 3138 (SMG) zwar in der Fassung vom 02.01.2002 im BGBl. I, S. 42 neu bekanntgemacht. Eine reine Neubekanntmachung genügt als solche aber nicht zur Billigung durch den Gesetzgeber; vgl. BVerfGE 8, 210, 213. Allerdings wurden durch Art. 1 Abs. 2 SMG sämtliche Vorschriften des BGB mit amtlichen Überschriften versehen. Da diese Überschriften Teil der Normen werden, genügt dies, um noch verbleibende vorkonstitutionelle Inhalte in den Willen des Gesetzgebers des SMG aufzunehmen; so überzeugend *Leipold*, NJW 2003, 2657, 2658 f. Damit unterliegt im Ergebnis das gesamte BGB dem Normverwerfungsmopol des BVerfG.

lerdings (nur) um inhaltliche Vorgaben für konkrete Privatrechtsnormen, weshalb auf die Grundrechte und ihre Bedeutung im Privatrecht erst am Ende dieses Teils einzugehen sein wird (unter § 7). Der regulatorische Einsatz von Privatrecht wirft jedoch die vorgelagerte Frage auf, ob der Erlass von Privatrechtsnormen mit Regulierungsfunktion *überhaupt* von der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung gedeckt ist oder ob staatliche Steuerung von Verfassungen wegen auf die hoheitlichen Mittel des Öffentlichen Rechts beschränkt ist (dazu unter § 6).

Das Recht der Bundesrepublik Deutschland steht allerdings nicht mehr für sich, sondern ist in die Rechtsordnung der EU integriert. Dabei kommt den Regelungen sowohl des primären als auch des sekundären Unionsrechts⁴ nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Vorrang vor den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zu.⁵ Daraus kann sich die Notwendigkeit ergeben, das nationale Recht den europäischen Vorgaben anzupassen; die bestehenden Regelungen des nationalen Rechts müssen unionsrechtskonform ausgelegt werden; und die europäischen Vorgaben genießen einen „Anwendungsvorrang“ vor ihnen widersprechenden Regelungen des deutschen Rechts.⁶ Bevor auf die Regelungen des deutschen Verfassungsrechts eingegangen werden kann, ist deshalb in einem ersten Schritt zu untersuchen, welche Vorgaben das Unionsrecht für den regulatorischen Einsatz von Privatrecht aufstellt (unter § 5).

⁴ Im Folgenden wird aus Vereinfachungsgründen einheitlich der seit dem Vertrag von Lissabon geltende Ausdruck „Unionsrecht“ benutzt, wenn auf das Recht der EU bzw. ihrer Vorgängerorganisationen Bezug genommen wird.

⁵ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253, 1270 – Costa/E.N.E.L.; einschränkend aber BVerfGE 134, 366, 384 f.

⁶ Siehe nur *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 1 AEUV Rn. 79–81, Art. 288 AEUV Rn. 53. Grundlegend zur richtlinienkonformen Auslegung EuGH, Urt. v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 (Rn. 26) – von Colson und Kamann.

§ 5 Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht

In diesem Kapitel sollen die aus dem positiv integrierenden Unionsrecht folgenden Vorgaben für den regulatorischen Einsatz des (nationalen) Privatrechts untersucht werden. Dabei soll nicht auf einzelne Bereiche des europäischen Privatrechts eingegangen,¹ sondern die generellen Regeln des Unionsrechts herausgearbeitet werden.

Während das Grundgesetz einen offenen Gemeinwohlbegriff zugrunde legt, demzufolge die demokratisch legitimierte Mehrheit grundsätzlich² jedes Anliegen zu einer öffentlichen Aufgabe bzw. einer Staatsaufgabe erheben kann,³ sind die Ziele (z.B. das Binnenmarktziel) der EU in Art. 3 EUV⁴ abschließend festgelegt und können von dieser nicht eigenständig erweitert oder verändert werden.⁵ Die EU verfolgt ihre Ziele durch Integration oder, anders gewendet, die europäische Integration ist auf die Erreichung der Unionsziele ausgerichtet.⁶ Die EU weist damit im Vergleich zu Nationalstaaten die Besonderheit auf, ein „zielorientiertes Handlungssystem“⁷ zu sein, nämlich eines, das auf Integration ausgerichtet ist.

Bezogen auf die rechtliche Seite der Integration hat es sich eingebürgert, zwischen „negativer Integration“ und „positiver Integration“ zu unterscheiden.⁸ Negative Integration beschreibt die Beseitigung rechtlicher Hindernisse für den Integrationsprozess im Recht der Mitgliedstaaten, insbesondere durch die Recht-

¹ Siehe beispielhaft für das europäische Kapitalmarktrecht *Hellgardt*, AG 2012, 154 ff.

² Für einfache Gesetze bildet der grundrechtliche Minderheitenschutz eine äußerste Grenze, für verfassungsändernde Gesetze die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG.

³ Ausführlich dazu unten S. 233 ff.

⁴ Die Vorgänger-Verträge unterschieden demgegenüber zwischen „Zielen“ und „Aufgaben“. Dabei handelte es sich um Vorgaben unterschiedlicher Abstraktionshöhe; vgl. *Reimer*, EuR 2003, 992, 995.

⁵ Dies wird häufig als „fehlende Kompetenz-Kompetenz“ beschrieben; siehe dazu *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 3 EUV Rn. 8. Für einen Vergleich der Gemeinwohlkonzepte von Republik und Union siehe *Anderheiden*, Gemeinwohl in Republik und Union (2006).

⁶ *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 3 EUV Rn. 3.

⁷ v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 40. EL., 2009), Art. 2 EGV Rn. 4.

⁸ Grundlegend zum Konzept *Tinbergen*, *International Economic Integration*² (1965), S. 77; im Kontext der EU auch *Scharpf*, in: Marks/Scharpf/Schmitter u. a. (Hrsg.), *Governance in the European Union* (1996), S. 15.

sprechung des EuGH zu den Grundfreiheiten. Es handelt sich um ein negatives, deregulierendes Konzept,⁹ welches als solches offensichtlich nicht darauf abzielt, die Zulässigkeit regulierender Normen (auch des Privatrechts) als solche zu regeln, sondern vielmehr einzelne Regelungen für unwirksam oder unanwendbar zu erklären, sofern diese mit dem Integrationsziel konfliktieren. Daher wird auf die negative Integrationswirkung des Unionsrechts erst am Ende, bei den Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht, einzugehen sein.¹⁰ Demgegenüber versteht man unter positiver Integration die Anforderungen, welche das Unionsrecht an den Inhalt der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stellt. Paradigmatisch ist insoweit die Rechtsangleichung durch Richtlinien, aber gerade im Bereich der Rechtsdurchsetzung enthält auch das primäre Unionsrecht positive Vorgaben,¹¹ welche die nationalen Rechtsordnungen umsetzen bzw. in sich aufnehmen müssen. Soweit das Unionsrecht den regulatorischen Einsatz von Privatrecht positiv integrierend regelt, handelt es sich deshalb weniger um Fragen der Zulässigkeit, also der Möglichkeit von Regulierung mittels Privatrecht, als um unionsrechtliche *Pflichten*, das Privatrecht zur Durchsetzung politischer Ziele einzusetzen. Bevor auf die Besonderheiten der privatrechtlichen Instrumente im Unionsrecht eingegangen werden kann, ist aber zunächst die Stellung der Rechtsdurchsetzung in der Unionsrechtsordnung als solche zu beleuchten, da diese den Hintergrund für den unionsrechtlichen Zugang zum Privatrecht bildet.

I. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtlicher Eigenwert aufgrund des Integrationsziels

Nach einem berühmten Satz von *Hallstein* ist die Europäische Union (bzw. Gemeinschaft) in dreifacher Hinsicht ein Phänomen des Rechts: „Sie ist Schöpfung des Rechts, sie ist Rechtsquelle, und sie ist Rechtsordnung.“¹² Mit der Ausrichtung auf die europäische Integration verpflichtet das Unionsrecht die EU und ihre Mitgliedstaaten auf ein „Finalprogramm“.¹³ Das bedeutet, dass das Primärrecht nicht nur eine (verfassungsähnliche) Rahmenordnung statuiert, sondern zugleich ein konkretes politisches Ziel verfolgt,¹⁴ also in der Terminologie dieser Studie „regulierend“ ist. Man kann vor dem Hintergrund der Förderung des

⁹ *Craig/de Búrca*, EU Law⁶ (2015), S. 608.

¹⁰ Unten S. 207 ff.

¹¹ Demgegenüber verorten *Wurmnest/Heinze*, in: Schulze (Hrsg.), *Compensation of Private Losses* (2011), S. 39, 45 diese Grundsätze bei der jeweiligen Bestimmung, um deren Durchsetzung es geht, so dass es sich um ein „Hybrid“ zwischen Primär- und Sekundärrecht handle.

¹² *Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft* (1973), S. 33.

¹³ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 3 EUV Rn. 7. Zur schwierigen Frage nach der „Finalität“ Europas siehe nur *Halter*, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*² (2009), S. 279 ff.

¹⁴ Vgl. *Kellerhals*, *Wirtschaftsrecht und europäische Integration* (2006), S. 210 (Gemeinschaftsrecht als Instrument zur Herbeiführung der Integrationsziele).

Wohlstandes durch Schaffung eines Binnenmarktes auch von einem „utilitaristischen Charakter des [Unions]rechts“¹⁵ sprechen. Dadurch unterscheidet es sich wesentlich von den kontinentaleuropäischen Vorstellungen bezüglich der Aufgabe einer Staatsverfassung, die herkömmlich – in kantischer Tradition¹⁶ – darin gesehen wird, grundlegende Prinzipien aufzustellen,¹⁷ nicht aber, die einfache Rechtsordnung in Hinblick auf ihre *tatsächlichen Auswirkungen* für einzelne Gemeinwohlziele zu strukturieren. Diese Besonderheit des Unionsrechts¹⁸ – als Rechtsordnung selbst regulierenden Charakter zu haben – wirkt sich auch im Bereich der Rechtsdurchsetzung aus.

Im Folgenden wird *pars pro toto* das Binnenmarktziel (Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV) zur Veranschaulichung herangezogen. Während etwa in der deutschen verfassungsrechtlichen Debatte häufig ein Spannungsverhältnis zwischen Markt und Gemeinwohl ausgemacht wird,¹⁹ erhebt Art. 26 Abs. 1 AEUV den Binnenmarkt und seine Funktionsfähigkeit zu einem Gemeinwohlziel, welches grundsätzlich Vorrang vor abweichenden verfassungsrechtlichen Traditionen einzelner Mitgliedstaaten beansprucht.²⁰ Gleichzeitig ist die EU aber kein Staat, sondern eine supranationale Organisation, ein Staatenverbund, der nur in wenigen Bereichen selbst Hoheitsgewalt ausübt und im Übrigen darauf angewiesen ist, dass die Mitgliedstaaten das supranationale Recht direkt oder nach seiner Transformierung in nationales Recht durchsetzen (dazu unter 1.). Vor diesem Hintergrund haben zunächst der EuGH und später auch der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten explizite Pflichten zur Durchsetzung des Unionsrechts auferlegt (dazu unter 2.), die maßgeblich darauf basieren, den Unionsbürger zur Rechtsdurchsetzung zu ermächtigen (dazu unter 3.). In diesem Zusammenhang spielt auch das Privatrecht eine wichtige Rolle für die Durchsetzung unionsrechtlicher Vorgaben im nationalen Recht der Mitgliedstaaten (dazu unter 4.).

¹⁵ Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 471, der aber zugleich auf die Notwendigkeit verweist, den „Gegenentwurf eines europäischen Privatrechts, der solchem Utilitarismus Grenzen setzt“, zu schaffen.

¹⁶ Vgl. Kant, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 311, 313.

¹⁷ Siehe z.B. Badura, Staatsrecht⁵ (2012), S. 21; Isensee, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 15 Rn. 184 f.

¹⁸ Vgl. S. Martens, Methodenlehre des Unionsrechts (2013), S. 461 f.: „Die Struktur der unionalen Rechtsakte verleiht also dem teleologischen Argument im Unionsrecht eine besondere Bedeutung im Vergleich zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Dies gilt auch für die Berücksichtigung übergreifender Ziele und Zwecke des Unionsrechts bei der Interpretation spezifischer Rechtsnormen. Denn das Primärrecht ist in besonderer Weise zielorientiert und weist eine hohe Dynamik auf. Diese Eigenschaften strahlen auch auf das Sekundärrecht aus.“

¹⁹ Beispielhaft Lepsius, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? (2010), S. 25 ff.

²⁰ Vgl. Schweitzer, in: Becker/Schwarze (Hrsg.), Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt (2010), S. 1, 3. Demgegenüber warnt Schepel, in: Lianos/Odudu (Hrsg.), Regulating Trade in Services in the EU and the WTO (2012), S. 301 ff. vor den Gefahren einer Konstitutionalisierung und Totalisierung des Marktes.

1. Einheitlicher Binnenmarkt und Rechtsdurchsetzungsautonomie der Mitgliedstaaten

Gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV errichtet die EU einen Binnenmarkt, definiert in Art. 26 Abs. 2 AEUV als Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gewährleistet ist. Während die Erreichung des Binnenmarktziels ursprünglich mit einem festen Zieldatum versehen war,²¹ wurde dieses inzwischen gestrichen, gestützt auf die Erkenntnis, dass die Verwirklichung des Binnenmarktes eine „Daueraufgabe“ darstellt.²²

Das Ziel eines einheitlichen Binnenmarkts gibt aber als solches noch nicht die rechtlichen Mittel zu seiner Erreichung vor. Vielmehr stehen unterschiedliche „Integrationsmethoden“²³ zur Verfügung, beginnend mit der Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung („Herkunftslandprinzip“). Diese Pflicht geht zurück auf die berühmte *Cassis de Dijon*-Entscheidung des EuGH, derzufolge die Nichtanerkennung von Regelungen des Herkunftslandes durch andere Mitgliedstaaten die hohe Hürde einer Rechtfertigung durch „zwingende Erfordernisse“ nehmen muss.²⁴ Dem gleichen Prinzip folgt die Rechtsprechung des EuGH zur Pflicht der Mitgliedstaaten, in anderen Mitgliedstaaten gegründete Gesellschaften in ihrem eigenen Gebiet als solche anzuerkennen.²⁵ Inzwischen wurde das Herkunftslandprinzip auch in einer Vielzahl von Rechtsangleichungsinstrumenten kodifiziert, am prominentesten in der Dienstleistungsrichtlinie.²⁶ Während das Herkunftslandprinzip dem Binnenmarktziel durch Eröffnung eines Rechts- oder Systemwettbewerbs dient,²⁷ begrenzt die Mindestharmoni-

²¹ Siehe Art. 8a EWGV, eingefügt mit Wirkung zum 1. Juli 1987 durch die Einheitliche Europäische Akte: „Die Gemeinschaft trifft die erforderlichen Maßnahmen, um bis zum 31. Dezember 1992 [...] den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen.“ Dieses Zieldatum wurde erst durch den Vertrag von Lissabon gestrichen.

²² *Müller-Graf*, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht (Stand: 37. EL., 2015), Abschn. A. I. Rn. 126.

²³ *Kellerhals*, Wirtschaftsrecht und europäische Integration (2006), S. 220; *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 114 AEUV Rn. 38–45.

²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 (Rn. 8) – Rewe-Zentral. Vertiefend zur gegenseitigen Anerkennung *Maduro*, 14 Journal of European Public Policy 814 (2007); *Streinz*, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt (1997), S. 9, 10 f.; *Weatherill*, in: FS Micklitz (2014), S. 401 ff. Im Kontext des IPR auch *Mansel*, *RabelsZ* 70 (2006), 651 ff.

²⁵ EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros; Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Inspire Art.

²⁶ Siehe Art. 16 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EU L 376, S. 36.

²⁷ *Streit*, in: FS Mestmäcker (1996), S. 521 ff. Siehe auch *Schön*, ZHR 160 (1996), 221, 233 f. (zum Unterschied zwischen Systemwettbewerb und Rechtsformwettbewerb im Gesellschaftsrecht).

nisierung, die nächste Stufe der Binnenmarktintegration, diesen Wettbewerb.²⁸ Bei einer Mindestharmonisierung dürfen die Mitgliedstaaten über die unionsrechtlichen Vorgaben hinausgehen und (im Sinne einer Inländerdiskriminierung) im Inland strengere Standards aufstellen, solange sie damit nicht gegen die Bestimmungen des AEUV, insbesondere die Grundfreiheiten verstoßen.²⁹ Das bedeutet, dass sie grundsätzlich Anbieter aus anderen Mitgliedstaaten im Inland zulassen müssen, sofern nicht die Rechtfertigungsgründe der *Cassis de Dijon*-Entscheidung eingreifen.³⁰ Schließlich kann die EU im Wege der Vollharmonisierung Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt betreiben und damit zugleich den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zugunsten eines einheitlichen europäischen Regelungsmodells eliminieren.³¹

Die drei Mittel zur rechtlichen Herstellung eines integrierten Binnenmarktes führen zu sehr unterschiedlichen Integrationsergebnissen, sie gleichen sich aber insofern, als sie jeweils die Dimensionen Rechtsetzung, Rechtsprechung und Rechtsdurchsetzung umfassen.³² Während die Union – trotz des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) – über umfassende Kompetenzen zum Erlass der für die Errichtung, das Funktionieren und die Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlichen Regelungen verfügt (insbesondere Art. 114, 115 AEUV) und der EuGH allein letztverbindlich über die Auslegung des Unionsrechts entscheidet,³³ erfolgt nur ein geringer Teil des Rechtsvollzugs direkt durch Unionsorgane.³⁴ Die Rechtsdurchsetzung erfolgt vielmehr grundsätzlich dezentral, d.h. sie obliegt den Mitgliedstaaten. Dies mag zwar auch mit den enormen Kosten einer flächendeckenden Unionsverwaltung und den politischen Widerständen von Seiten der Mitgliedstaaten zusammenhängen,³⁵ ist aber zuvörderst dem Charakter der EU als supranationale Organisation, die eben kein Super-Bundesstaat ist, geschuldet. In jedem Fall führt diese Aufgabenverteilung dazu, dass die Mitgliedstaaten das Unionsrecht primär in

²⁸ Krit. zur Rechtsangleichung daher Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), 1, 12; Streinz, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt* (1997), S. 9, 23.

²⁹ Craig/de Búrca, *EU Law*⁶ (2015), S. 626. Vertiefend Dougan, *CMLR* 37 (2000), 853 ff.

³⁰ Vgl. Streinz, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt* (1997), S. 9, 11, 19 f.

³¹ Diese Strategie wurde insbesondere vor 1985 (mit geringem Erfolg) verfolgt; Streinz, in: Everling/W.-H. Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt* (1997), S. 9, 10. Inzwischen ist die Vollharmonisierung wieder auf dem Vormarsch.

³² Vgl. Kellerhals, *Wirtschaftsrecht und europäische Integration* (2006), S. 211–220.

³³ Siehe nur EuGH, Urt. v. 22.10.1987, Rs. 314/85, Slg. 1987, 4199, 4231 f. (Rn. 15–20) – Foto-Frost (zum Verwerfungsmonopol des EuGH).

³⁴ Ein wichtiger Fall ist die Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 101, 102 AEUV), für die gemäß Art. 105 AEUV i. V.m. der VO (EG) Nr. 1/2003 vorrangig die Europäische Kommission zuständig ist. Für einen Überblick über die Befugnisse der Union zum direkten Rechtsvollzug siehe Krönke, *Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union* (2013), S. 28 f., 45–48.

³⁵ So Kellerhals, *Wirtschaftsrecht und europäische Integration* (2006), S. 218.

eigener Verantwortung durchsetzen. Ihnen kommt damit eine gewisse Selbständigkeit zu, die teilweise als „Verfahrensautonomie“ (engl.: procedural autonomy) bezeichnet wird,³⁶ treffender aber als Rechtsdurchsetzungsautonomie³⁷ beschrieben ist. Denn es geht dabei nicht allein um Aspekte des Verwaltungs- oder Gerichtsverfahrens, sondern um die Durchsetzung des Unionsrechts als solche, also auch um Fragen von subjektiven Rechten und drittschützender Wirkung bis hin zur Berechnung von Schadensersatz.

Das Problem einer solchen Autonomie liegt darin, dass sie die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung (und somit letztlich das Integrationsziel) des Unionsrechts gefährden kann.³⁸ Diese Gefahr ist deshalb besonders virulent, weil es aus Sicht der Mitgliedstaaten stets darum geht, fremd geschaffenes Recht anzuerkennen oder anzuwenden, nämlich entweder das Recht eines anderen Mitgliedstaats (im Falle der gegenseitigen Anerkennung) oder die (Mindest-)Anforderungen des Unionsrechts, denen die eigene Rechtsordnung angepasst werden muss. In der Praxis kommt es immer noch zu erheblichen Unterschieden in der Anwendung des Unionsrechts durch die einzelnen Mitgliedstaaten.³⁹

2. Rechtsdurchsetzung als unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten

Um diesem Anreizproblem bei der Durchsetzung der Unionsrechtsordnung durch die Mitgliedstaaten zu begegnen, hat der EuGH eine Reihe von Rechtsfiguren entwickelt.⁴⁰ Zentral sind dabei die unmittelbare Anwendbarkeit der Verträge⁴¹ und der Vorrang der Unionsrechtsordnung.⁴² Diese Rechtsfiguren sind auch die Grundlage für eine durch eine Vielzahl von Urteilen aus Art. 4 Abs. 3

³⁶ Lange Zeit war umstritten, ob eine „Verfahrensautonomie“ der Mitgliedstaaten anzuerkennen ist; krit. z. B. *Kakouris*, CMLR 34 (1997), 1389 ff. Inzwischen spricht der EuGH selbst von Verfahrensautonomie, erstmals in der Entscheidung EuGH, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723, I-768 (Rn. 65, 67) – Wells. Für ein zu weites, da von den europäischen Verträgen gelöstes Verständnis der Verfahrensautonomie, siehe *Krönke*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2013), S. 239 f. und passim.

³⁷ Vgl. *van Gerven*, CMLR 37 (2000), 501, 505 mit Fn. 20, der vorschlägt, statt von einheitlicher Rechtsanwendung („uniform application“), von einheitlicher Rechtsdurchsetzung („uniform enforcement“) zu reden.

³⁸ Der EuGH ist bereits seit der berühmten *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung bemüht, die einheitliche Anwendung des Unionsrechts sicherzustellen; vgl. EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253, 1270 – *Costa/E.N.E.L.*; siehe außerdem EuGH, Urt. v. 13.02.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, 13 (Rn. 4) – Wilhelm. Ausführlich zur einheitlichen Anwendung des Unionsrechts *van Gerven*, CMLR 37 (2000), 501, 504 f.

³⁹ Siehe beispielhaft Kommission, Mitteilung „Stärkung der Sanktionsregelungen im Finanzdienstleistungssektor“ vom 08.12.2012, KOM(2010) 716, S. 7–10 zu den erheblichen Unterschieden bei der Anwendung des europäischen Kapitalmarktrechts durch die Behörden der Mitgliedstaaten. Zu rechtsstaatlichen Mängeln auf Ebene einzelner Mitgliedstaaten und ihrer Bedeutung für das Unionsrecht siehe *v. Bogdandy/Ioannidis*, CMLR 51 (2014), 59 ff.

⁴⁰ *Ehlermann*, in: *Liber Amicorum Pescatore* (1987), S. 205, 217.

⁴¹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 27 – *Van Gend & Loos*.

⁴² Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253, 1270 – *Costa/E.N.E.L.*

Unterabs. 2 EUV⁴³ abgeleitete umfassende Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der Unionsrechtsordnung⁴⁴ (siehe seit dem Vertrag von Lissabon auch Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV⁴⁵), welche die Rechtsdurchsetzungsautonomie der Mitgliedstaaten erheblich einschränkt.

Ursprünglich vertrat der EuGH allerdings die Ansicht, dass es allein Sache der einzelnen Mitgliedstaaten sei, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahren festzulegen, nach denen die Bürger die ihnen aufgrund der Unionsrechtsordnung zustehenden Rechte geltend machen können.⁴⁶ Wenig später fügte er jedoch qualifizierend hinzu, dabei dürften die Bedingungen nicht ungünstiger gestaltet werden als bei vergleichbaren Klagen, die das nationale Recht betreffen (Äquivalenzgebot), und die Verfahrensregeln dürften die Durchsetzung der durch das Unionsrecht gewährten Rechte nicht praktisch unmöglich machen (Effektivitätsgebot).⁴⁷ Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der EuGH im Laufe der Zeit die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des Unionsrechts weiter entwickelt, bis hin zu konkreten Vorgaben für die Ausgestaltung einzelner Rechtsbehelfe.

Besondere Wichtigkeit hat die Rechtsdurchsetzung im Bereich des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts, da eine fehlende Durchsetzung die Verbindlichkeit und den Anwendungsvorrang der Unionsrechtsordnung als solche infrage stellen würde. In diesem Sinne hat der EuGH bereits früh entschieden, dass die Behörden der Mitgliedstaaten in negativer Hinsicht „die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des [Unions]rechts und die Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen nicht beeinträchtigen“⁴⁸ dürfen und dass die Mitgliedstaaten in positiver Hinsicht aufgrund von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV verpflichtet sind, „alles zu tun, um sämtlichen Verordnungsvorschriften die ihnen zukommende Wirkung zu sichern“⁴⁹. In späteren Urteilen hat

⁴³ „Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben.“

⁴⁴ Überblick bei *Craig / de Búrca*, EU Law⁶ (2015), S. 225–251.

⁴⁵ „Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“

⁴⁶ EuGH, Urt. 16.12.1960, Rs. 6/60, Slg. 1960, 1165, 1185 f. – Humblet; Urt. v. 19.12.1968, Rs. 13/68, Slg. 1968, 680, 693 – Salgoil.

⁴⁷ Grundlegend EuGH, Urt. v. 16.12.1976, Rs. 33/76, Slg. 1976, 1989, 1998 (Rn. 5) – Rewe-Zentralfinanz; Urt. v. 16.12.1976, Rs. 45/76, Slg. 1976, 2043, 2053 (Rn. 11/18) – Comet. Auch zuvor gab es bereits entsprechende Ansätze; vgl. EuGH, Urt. v. 19.12.1968, Rs. 13/68, Slg. 1968, 680, 693 f. – Salgoil (dazu *Craig*, Oxford J. L. Stud. 12 (1992), 453, 462 f.) und EuGH, Urt. v. 11.02.1971, Rs. 39/70, Slg. 1971, 49, 58 (Rn. 4) – Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor: „Obliegt der Vollzug einer Gemeinschaftsverordnung den nationalen Behörden, so ist davon auszugehen, daß er grundsätzlich nach den Form- und Verfahrensvorschriften des nationalen Rechts zu geschehen hat. Um der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts willen ist jedoch der Rückgriff auf innerstaatliche Rechtsvorschriften nur in dem zum Vollzug der Verordnung notwendigen Umfang zulässig.“

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 13.02.1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1, 15 (Rn. 9) – Wilhelm.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 30/70, Slg. 1970, 1197, 1208 (Rn. 10) – Scheer.

der EuGH diese positive Pflicht in die Formel gegossen, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen haben, um die Befolgung von Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV sicherzustellen.⁵⁰ Dabei hat der EuGH das Effektivitätsprinzip dergestalt konkretisiert, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei Verstößen gegen Unionsrecht „Sanktionen“⁵¹ vorzusehen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.⁵² Selbst wenn das Unionsrecht bereits eine bestimmte Sanktion ausdrücklich vorsieht, können die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV verpflichtet sein, weitere wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen.⁵³ Die Pflicht zur Sanktionierung von Verstößen gegen das Unionsrecht kann so weit gehen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten (etwa Klagerechte) zur Durchsetzung des unmittelbar geltenden Unionsrechts zu schaffen, die ansonsten im nationalen Recht nicht vorgesehen sind.⁵⁴ An dieser

⁵⁰ Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 21.09.1989, Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965, 2984 (Rn. 23) – Kommission/Griechenland; Urt. v. 10.07.1990, Rs. C-326/88, Slg. 1990, I-2911, I-2935 (Rn. 17) – Hansen; Urt. v. 02.10.1991, Rs. C-7/90, Slg. 1991, I-4371, I-4387 (Rn. 11) – Vandevenne; Urt. v. 14.07.1994, Rs. C-352/92, Slg. 1994, I-3385, I-3407 f. (Rn. 23) – Milchwerke Köln/Wuppertal; Urt. v. 26.10.1995, Rs. C-36/94, Slg. 1995, I-3573, I-3594 (Rn. 20) – Siesse; Urt. v. 27.02.1997, Rs. C-177/95, Slg. 1997, I-1111, I-1142 f. (Rn. 35) – Ebony Maritime und Loten Navigation; Urt. v. 15.01.2004, Rs. C-230/01, Slg. 2004, I-937, I-976 (Rn. 36) – Intervention Board for Agricultural Produce.

Die Pflicht zur Durchsetzung des Primärrechts wird an dieser Stelle ausgeklammert. Einerseits kann der EuGH die primärrechtlichen Grundfreiheiten selbst durchsetzen, indem er entgegenstehendes nationales Recht für unanwendbar erklärt (dazu unten S. 207 ff.). Andererseits hat der EuGH die einzelnen Bürger ermächtigt, primärrechtliche Regelungen selbst durchzusetzen (dazu sogleich S. 184 ff.).

⁵¹ Laut *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union (2011), S. 240 f. ist der Begriff der „Sanktion“ im Unionsrecht auf hoheitliche Eingriffe beschränkt, welche spezifische Verteidigungsrechte auslösen. Demgegenüber könne privatrechtliche Haftung als Mittel zur Durchsetzung des Unionsrechts angesehen werden. Dafür scheint zu sprechen, dass der EuGH in einer neueren Entscheidung von „Maßregeln“ statt von „Sanktionen“ spricht; vgl. EuGH, Urt. v. 26.09.2013, Rs. C-418/11, n. n. v. (Rn. 50) – Texdata Software. Dies ist allerdings der konkreten Richtliniennorm (Art. 12 Elfte Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen (89/666/EWG), ABl. EG L 395, S. 36) geschuldet, was sich auch daran zeigt, dass in der englischen Urteilsfassung nach wie vor von „penalties“ die Rede ist. Sachlich ist hervorzuheben, dass privatrechtliche Ansprüche keine strafrechtlichen Verteidigungsrechte auslösen; hinsichtlich der Eignung privatrechtlicher Instrumente zur Sanktionierung von Verstößen gegen unionsrechtliche Pflichten macht der EuGH aber keinen Unterschied zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Mitteln; siehe unten S. 187 ff. Ausführlich zur Sanktionsfunktion des Privatrechts *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 303–317.

⁵² Grundlegend EuGH, Urt. v. 21.09.1989, Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965, 2985 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland.

⁵³ EuGH, Urt. v. 08.07.1999, Rs. C-186/98, Slg. 1999, I-4883, I-4895 (Rn. 12) – Nunes.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 03.12.1992, Rs. C-97/91, Slg. 1992, I-6313, I-6334 (Rn. 13) – Oleificio Borelli; Urt. v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98, Slg. 2001, I-1727, I-1786 (Rn. 89) – Metallgesellschaft und Hoechst; anders noch EuGH, Urt. v. 07.07.1981, Rs. 158/80, Slg. 1981,

besonderen Betonung der effektiven Rechtsdurchsetzung zeigt sich beispielhaft der regulatorische Charakter des Unionsrechts.

Dagegen scheint die Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien *prima facie* weiter zu reichen. Gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV sind Richtlinien für die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ziele, d. h. des im nationalen Recht herzustellen Rechtszustandes⁵⁵, verbindlich, die Wahl der Form und der Mittel verbleibt dagegen bei den Mitgliedstaaten. Allerdings hat der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die ihnen belassene Entscheidungsfreiheit bezüglich der Wahl von Form und Mitteln zur Richtlinienumsetzung so auszuüben, dass die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie am besten gewährleistet wird.⁵⁶ Speziell zur Rechtsdurchsetzung hat der EuGH in langjähriger Rechtsprechung die Verpflichtung der Mitgliedstaaten ausgesprochen, die Umsetzung von Richtlinien so zu gestalten, dass die Befolgung der die Richtlinie umsetzenden Vorschriften gesichert ist.⁵⁷ Auch das umgesetzte Richtlinienrecht muss Sanktionen vorsehen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind.⁵⁸ Dabei zitiert der EuGH zur Begründung solche Urteile, die die Durchsetzung von Verordnungen betreffen,⁵⁹ so dass davon ausgegangen werden kann, dass hinsichtlich der Pflicht der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung des Unionsrechts keine grundlegenden Unterschiede zwischen unmittelbar anwendbaren Verordnungen und erst in das nationale Recht umzusetzenden Richtlinien bestehen.

Inzwischen ist der europäische Gesetzgeber dazu übergegangen, die Formel von den Sanktionen, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein

1805, 1838 (Rn. 44) – Rewe-Handelsgesellschaft Nord; siehe auch EuGH, Urt. v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271, I-2317–I-2323 (Rn. 40–64) – Unibet.

⁵⁵ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 01.03.1983, Rs. 300/81, Slg. 1983, 449, 456 (Rn. 10) – Kommission/Italien; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 288 AEUV Rn. 121.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, 517 (Rn. 69/73) – Royer. Zustimmend *Perner*, EU-Richtlinien und Privatrecht (2012), S. 9; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 431; ablehnend *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 288 AEUV Rn. 132.

⁵⁷ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1908 f. (Rn. 22, 26) – von Colson und Kamann; Urt. v. 08.06.1994, Rs. C-382/92, Slg. 1994, I-2435, I-2475 (Rn. 55) – Kommission/Vereinigtes Königreich; Urt. v. 08.06.1994, Rs. C-383/92, Slg. 1994, I-2479, I-2494 (Rn. 40) – Kommission/Vereinigtes Königreich; Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155, I-10215 (Rn. 62) – Inspire Art; Urt. v. 03.05.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02, C-403/02, Slg. 2005, I-3565, I-3652 (Rn. 65) – Berlusconi; Urt. v. 23.11.2006, Rs. C-315/05, Slg. 2006, I-11181, I-11218 f. (Rn. 58) – Lidl Italia; Urt. v. 26.09.2013, Rs. C-418/11, n. n. v. (Rn. 50–52) – Texdata Software.

⁵⁸ Der Sache nach bereits EuGH, Urt. v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1909 (Rn. 28) – von Colson und Kamann; explizit z. B. EuGH, Urt. v. 08.06.1994, Rs. C-382/92, Slg. 1994, I-2435, I-2475 (Rn. 55) – Kommission/Vereinigtes Königreich.

⁵⁹ Mit Hinweis z. B. in EuGH, Urt. v. 08.06.1994, Rs. C-382/92, Slg. 1994, I-2435, I-2475 (Rn. 55) – Kommission/Vereinigtes Königreich; ohne Hinweis z. B. in EuGH, Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155, I-10215 (Rn. 62) – Inspire Art.

müssen, als explizite Pflicht in den Text von Verordnungen oder Richtlinien aufzunehmen.⁶⁰ Der EuGH macht keinen Unterschied zwischen solchen Klauseln und dem in seiner Rechtsprechung aufgestellten allgemeinen Effektivitätsgebot, sondern bezieht diese aufeinander.⁶¹ Im Ergebnis ist so eine einheitliche Pflicht der Mitgliedstaaten zur äquivalenten und effektiven Durchsetzung des Unionsrechts entstanden, welche selbst regulatorischen Charakter hat – nämlich auf die Durchsetzung der Integrationsziele gerichtet ist – und die grundsätzliche Rechtsdurchsetzungsautonomie erheblich beschränkt.

3. Ermächtigung des Einzelnen zur Durchsetzung des Unionsrechts

Ein wesentlicher Bestandteil der einheitlichen Pflicht zur Durchsetzung des Unionsrechts besteht darin, den Unionsbürgern zu ermöglichen, die Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben gerichtlich durchzusetzen. In diesem Sinne weist die Rechtsprechung des EuGH eine lange Tradition auf, Einzelne zur Durchsetzung des Unionsrechts einzusetzen.⁶²

Der Beginn dieser Entwicklung ist eng mit dem Konzept der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts verbunden. Bereits in der grundlegenden Entscheidung *Van Gend & Loos*, in welcher der EuGH sowohl die unmittelbare Anwendbarkeit der Verträge als auch die Existenz von „individuellen Rechten“ erstmals anerkannt hat, heißt es zur Begründung der Gewährung „individueller Rechte“:

Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 [= Art. 258 und 259 AEUV; A.H.] ausgeübte Kontrolle ergänzt.⁶³

Der Zusammenhang zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Verträge wird deutlich, wenn der EuGH in demselben Urteil ausführt:

Der Vollzug von Artikel 12 [= Verbot neuer Zölle; A.H.] bedarf keines Eingriffs der staatlichen Gesetzgeber. Der Umstand, daß dieser Artikel die Mitgliedstaaten als Adressaten der Unterlassungspflicht bezeichnet, schließt nicht aus, daß dieser Verpflichtung Rechte

⁶⁰ Siehe z.B. Art. 24 S. 2 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft, ABl. EU L 293, S. 3 oder Art. 23 S. 2 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl. EU L 133, S. 66 („Verbraucherkreditrichtlinie“).

⁶¹ Siehe z.B. EuGH, Urt. v. 27.03.2014, Rs. C-565/12, n. n. v. (Rn. 43 f.) – LCL Le Crédit Lyonnais (zu Art. 23 Verbraucherkreditrichtlinie).

⁶² Gegen die Instrumentalisierungsthese *Classen*, *VerwArch* 88 (1997), 645, 650; *Nettesheim*, *AöR* 132 (2007), 333, 355, deren Kritik sich aber im Kern nur gegen die Aussage (vgl. z.B. *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 38, 178) richtet, dass das Unionsrecht eine private Rechtsdurchsetzung ohne (primäre) individuelle Berechtigung des Privaten kenne.

⁶³ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 26 – *Van Gend & Loos*.

der Einzelnen gegenüberstehen können. [...] Wenn der Vertrag in den genannten Artikeln [d.h. Art. 169, 170 = Art. 258, 259 AEUV; A.H.] der Kommission und den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, den Gerichtshof anzurufen, falls ein Staat seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, so bedeutet dies nicht, daß es für den Einzelnen unmöglich wäre, sich gegebenenfalls vor dem nationalen Richter auf diese Verpflichtungen zu berufen [...].⁶⁴

Die Berechtigung des Einzelnen im Unionsrecht war daher von Beginn an ein regulatorischer Akt, mit dem der EuGH aufgrund der dezentralen Durchsetzungsstruktur drohende Rechtsdurchsetzungsdefizite bekämpfen wollte.⁶⁵ Dabei folgt die Unionsrechtsordnung einem eigenen Konzept von subjektiver Berechtigung, das sich wesentlich auf die Rechtsfigur der „individuellen Rechte“⁶⁶ (teilweise auch als „Verleihung von Rechten an den Einzelnen/Geschädigten“⁶⁷ bezeichnet) stützt.

Soweit die Verträge oder eine Verordnung einem Einzelnen ein individuelles Recht verleihen,⁶⁸ sind die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur verpflichtet, dieses „zu beachten“⁶⁹, sondern müssen es aktiv durchsetzen, etwa indem sie anderslautendes nationales Recht aufheben⁷⁰ oder indem sie dem Einzelnen den Schaden ersetzen, den er durch den mitgliedstaatlichen Verstoß gegen das unmittelbar anwendbare Unionsrecht erlitten hat.⁷¹ Darüber

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 176 f.

⁶⁶ Der Ausdruck findet sich bereits bei EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 27 – Van Gend & Loos. Aus neuerer Zeit siehe z. B. EuGH, Urt. v. 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, 1686 (Rn. 36) – Johnston; Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93, Slg. 1995, I-3051, I-3078 (Rn. 21) – Kalanke; Urt. v. 11.01.2000, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69, I-104 (Rn. 20) – Kreil; Urt. v. 26.06.2001, Rs. C-173/99, Slg. 2001, I-4881, I-4916 (Rn. 48) – BECTU; Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-12/08, Slg. 2009, I-6653, I-6710 (Rn. 46) – Mono Car Styling.

⁶⁷ Diese Formulierung findet sich im Zusammenhang mit der Staatshaftung für unterlassene Richtlinienumsetzung. Sachlich besteht aber kein Unterschied zu den „individuellen Rechten“, was sich insbesondere daran zeigt, dass der EuGH in der grundlegenden Entscheidung *Francovich* die „Verleihung von Rechten“ mit Rekurs auf die Rechtssache *Van Gend & Loos* begründet; siehe EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5413 (Rn. 31) – *Francovich*.

⁶⁸ Zu den Kriterien zur Bestimmung individueller Rechte siehe unten S. 193 ff.

⁶⁹ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 643 f. (Rn. 14/16) – *Simmenthal*; Urt. v. 19.06.1990, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433, I-2473 (Rn. 19) – *Factortame*. Die Formulierung, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die aufgrund unmittelbar anwendbaren Unionsrechts bestehenden individuellen Rechte „zu beachten“ haben, findet sich bereits bei EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 27 – *Van Gend & Loos*.

⁷⁰ Hier können sich die Mitgliedstaaten nicht darauf zurückziehen, dass die nationalen Vorschriften aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ohnehin nicht anwendbar seien; vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 15.10.1986, Rs. 168/85, Slg. 1986, 2945, 2960 (Rn. 11) – *Kommission/Italien*; Urt. v. 26.02.1991, Rs. C-120/90, Slg. 1991, I-621, I-638 (Rn. 9–11) – *Kommission/Italien*; Urt. v. 26.02.1991, Rs. 119/89, Slg. 1991, I-641, I-654 (Rn. 8–10) – *Kommission/Spanien*.

⁷¹ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1142 f. (Rn. 20, 22) – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; Urt. v. 23.05.1996, Rs. C-5/94, Slg. 1996, I-2553, I-2613 (Rn. 25) – *Hedley Lomas*.

hinaus erkennt der EuGH auch Dritten (etwa Wettbewerbern) das Recht zu, unmittelbar anwendbares Unionsrecht im Klagewege durchzusetzen.⁷²

Der EuGH hat das Konzept der individuellen Rechte aber nicht auf die Verträge und auf Verordnungen beschränkt, sondern erstreckt es auch auf Richtlinien.⁷³ Diese Erstreckung ist wiederum eng mit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien verbunden. Zwar sind Richtlinien gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV auf Umsetzung in das nationale Recht der Mitgliedstaaten ausgerichtet; der EuGH erkennt aber in ständiger Rechtsprechung an, dass Richtlinien unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar anwendbar sind, nämlich in solchen Fällen, in denen die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, aber die Richtlinie entweder gar nicht oder mangelhaft umgesetzt wurde und die entsprechende Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist.⁷⁴ Eine solche unmittelbare Anwendbarkeit kann von den Gerichten von Amts wegen beachtet werden⁷⁵ und hat zur Folge, dass sich der Einzelne gegenüber dem Mitgliedstaat auf solche Richtlinienbestimmungen berufen kann, die individuelle Rechte gegenüber dem Staat festlegen.⁷⁶ Soll die Richtlinie dagegen individuelle Rechte gegenüber Dritten begründen, kann der Einzelne diese Rechte aufgrund der unterlassenen Umsetzung zwar nicht vor den nationalen Gerichten geltend machen,⁷⁷ stattdessen greift aber nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine Staatshaftung des Mitgliedstaats ein.⁷⁸ Die Richtlinie ist nur dann vollständig umgesetzt, wenn das Umsetzungsgesetz dem Einzelnen eine Möglichkeit gewährt, das individuelle Recht gerichtlich durchzusetzen.⁷⁹ Auch im Bereich der individuellen Rechte unterscheidet der EuGH bei den Tatbestandsvoraussetzungen nicht zwi-

⁷² Siehe die Rechtsprechung zu Verstößen gegen das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV: grundlegend EuGH, Urt. v. 11.12.1973, Rs. 120/73, Slg. 1973, 1471, 1483 (Rn. 8) – Lorenz; Urt. v. 21.11.1991, Rs. C-354/90, Slg. 1991, I-5505, I-5527 f. (Rn. 11 f.) – FNCE; Urt. v. 11.07.1996, Rs. C-39/94, Slg. 1996, I-3547, I-3590–I-3593 (Rn. 39–52) – SFEI. Zur Umsetzung in Deutschland siehe einerseits *Rennert*, EuZW 2011, 576 ff., andererseits *Martin-Ehlers*, EuZW 2011, 583 ff.

⁷³ *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 361; *Prechal*, Directives in EC law² (2005), S. 95 f.

⁷⁴ Vgl. *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 288 AEUV Rn. 142–148; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 288 AEUV Rn. 51–56, jeweils mit ausführlichen Nachweisen der EuGH-Rechtsprechung.

⁷⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90, Slg. 1991, I-3757, I-3789 (Rn. 15 f.) – Verholen.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 19.01.1982, Rs. 8/81, Slg. 1982, 53, 71 (Rn. 25) – Becker; dies gilt auch dann, wenn der Staat nicht hoheitlich, sondern etwa als Arbeitgeber handelt; EuGH, Urt. v. 26.02.1986, Rs. 152/84, Slg. 1986, 723, 749 (Rn. 49) – Marshall.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.07.1994, Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, I-3356 f. (Rn. 20–25) – Facchini/Dori; Urt. v. 07.03.1996, Rs. C-192/94, Slg. 1996, I-1281, I-1303 f. (Rn. 15–21) – El Corte Inglés.

⁷⁸ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5414 (Rn. 34) – Francovich; Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4880 (Rn. 26–28) – Dillenkofer.

⁷⁹ *Classen*, VerwArch 88 (1997), 645, 653. Ausführlich *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 361–385.

schen Vertragsvorschriften / Verordnungen und Richtlinien, sondern wendet einheitliche Maßstäbe an.⁸⁰ Dementsprechend bejaht der EuGH auch im Richtlinienbereich das Recht von Dritten, die Einhaltung der umgesetzten Richtlinienpflichten gerichtlich geltend zu machen.⁸¹

In einer weiteren Rechtsprechungslinie verknüpft der EuGH den Schutz individueller Rechte mit dem (aus dem Bereich der objektiven Rechtsdurchsetzungspflicht der Mitgliedstaaten stammenden) Effektivitätsprinzip, das er als Ausprägung der allgemeinen Grundsätze des effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 6 und 13 EMRK interpretiert⁸² und inzwischen als von Art. 47 EU- Grundrechtecharta umfasst ansieht.⁸³ Nach der Rechtsprechung des EuGH unterfallen sämtliche Regelungen, die im weiteren Sinne der Durchführung unionsrechtlicher Vorgaben dienen, dem Anwendungsbereich der Grundrechtecharta,⁸⁴ so dass in diesen Fällen auch die Garantie des Art. 47 EU-Grundrechtecharta Anwendung findet.

4. Privatrecht als Mittel der Durchsetzung von Unionsrecht

Es ist Ausfluss der „Rechtsdurchsetzungsautonomie“⁸⁵, dass den Mitgliedstaaten – insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien – „die Wahl der Form und Mittel“ verbleibt, um den Anforderungen von Äquivalenz- und Effektivitätsgebot gerecht zu werden und die im Unionsrecht vorgesehenen individuellen Rechte im nationalen Recht zu verwirklichen. Dabei sieht der EuGH grundsätzlich die Rechtsdurchsetzungsinstrumente des Verwaltungsrechts und des Privatrechts als äquivalent an.⁸⁶ Der Grund dafür ist, dass das Unionsrecht keine

⁸⁰ Dies zeigt sich etwa im Urteil *Brasserie du Pêcheur und Factortame*, in welchem der EuGH zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs für Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit auf das Urteil *Francovich* verweist, in dem es um Ersatzansprüche wegen unterlassener Richtlinienumsetzung ging; vgl. EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1142 (Rn. 20) – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*.

⁸¹ Siehe beispielhaft EuGH, Urt. v. 04.12.1997, Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6843, I-6865 (Rn. 22 f.) – *Daihatsu*; Beschl. v. 23.09.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03, Slg. 2004, I-8663, I-8678 (Rn. 33) – *Axel Springer* (jeweils zu Art. 6 Richtlinie 68/151/EWG).

⁸² EuGH, Urt. v. 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, 1682 (Rn. 17 f.) – *Johnston*; Urt. v. 15.10.1987, Rs. 222/86, Slg. 1987, 4097, 4117 (Rn. 14) – *Heylens*; Urt. v. 02.12.1992, Rs. C-97/91, Slg. 1992, I-6313, I-6334 (Rn. 13 f.) – *Oleificio Borelli*; Urt. v. 11.01.2001, Rs. C-226/99, Slg. 2001, I-277, I-294 f. (Rn. 17 f.) – *Siples*; Urt. v. 19.06.2003, Rs. C-467/01, Slg. 2003, I-6471, I-6511 (Rn. 61) – *Eribrand*.

⁸³ EuGH, Urt. v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, Slg. 2007, I-2271, I-2316 (Rn. 37 f.) – *Unibet*.

⁸⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10, n. n. v. (Rn. 19–28) – *Åkerberg Fransson*; einschränkend aber BVerfGE 133, 277, 316.

⁸⁵ Zum Begriff siehe oben S. 169 f. mit Fn. 37.

⁸⁶ EuGH, Urt. v. 10.04.1984, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891, 1907 (Rn. 18) – *von Colson und Kamann*; Urt. v. 14.07.1994, Rs. C-352/92, Slg. 1994, I-3385, I-3407 f. (Rn. 23) – *Milchwerke Köln/Wuppertal*; Urt. v. 08.07.1999, Rs. C-186/98, Slg. 1999, I-4883, I-4895 (Rn. 14) – *Nunes*; Urt. v. 15.01.2004, Rs. C-230/01, Slg. 2004, I-937, I-977 (Rn. 37) – *Intervention Board for Agricultural Produce*. Siehe auch *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union (2011), S. 239 f.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 413.

dogmatischen Konstruktionen zugrunde legt (etwa das Konzept des subjektiven Rechts),⁸⁷ sondern vielmehr einen funktionalen Ansatz verfolgt.

Der EuGH unterscheidet folglich nicht zwischen den dogmatischen Kategorien „Öffentliches Recht“ und „Privatrecht“, sondern danach, ob eine Norm „für einen vernünftigen Ausgleich und eine gerechte Risikoverteilung zwischen den einzelnen Beteiligten sorgen“⁸⁸ oder die Verletzung unionsrechtlich vorgegebener Pflichten sanktionieren soll.⁸⁹ Damit vollzieht er im Kern die Unterscheidung zwischen interessenausgleichenden und regulierenden Normen nach, wie sie hier entwickelt wurde.⁹⁰ Die Rechtsprechung des EuGH im Privatrechtsbereich betrifft überwiegend den regulatorischen Einsatz von Privatrecht, nämlich als Mittel zur Effektivierung des Unionsrechts und zur Durchsetzung von durch die Unionsrechtsordnung verliehenen individuellen Rechten.⁹¹ Wer die durch die Instrumentalisierung des Privatrechts im Interesse des Unionsrechts im nationalen Recht entstehenden dogmatischen Friktionen beklagt,⁹² missversteht den spezifischen Kontext, aus dem heraus sich diese Rechtsprechung und auch das später vom Unionsrechtsgesetzgeber erlassene Privatrecht entwickelt haben.⁹³ Aus europarechtlicher Sicht dient das Privatrecht in erster Linie zur Durchsetzung des Unionsrechts und damit zur Verwirklichung der Integration des Binnenmarktes. Der EuGH nimmt sich selbst der Durchsetzung von Normen des Unionsprivatrechts an, wenn und weil diese ein Integrationsziel verfolgen. Geht es bei einer Regelung dagegen nicht um Integrationsziele oder sind unterschiedliche Integrationsziele in Ausgleich zu bringen, überlässt der EuGH die Interessenabwägung regelmäßig dem Recht der Mitgliedstaaten.⁹⁴ Durch die spezifische Funktion integrationsfördernder Normen erhalten auch solche integrierenden Normen, die im nationalen Recht lediglich dem Interessenausgleich dienen würden, einen regulatorischen Charakter. Harmonisiert etwa eine Richtlinienbestimmung das Recht des Verbrauchers auf „unentgeltliche Ersatzlieferung“ beim Verbrauchsgüterkauf im Binnenmarkt, handelt es sich aus Sicht des

⁸⁷ Für einen Ansatz zur europarechtlichen Kategorisierung von „rights“ und „remedies“ siehe *van Gerven*, CMLR 37 (2000), 501, 522–525.

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 15.04.2010, Rs. C-215/08, Slg. 2010, I-2947, I-3007 (Rn. 48) – E. Friz.

⁸⁹ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-174/12, n. n. v. (Rn. 62) – Hirmann.

⁹⁰ Siehe oben S. 59 ff.

⁹¹ Vgl. *Collins*, in: Brownsword/Micklitz/Niglia u. a. (Hrsg.), *The Foundations of European Private Law* (2011), S. 453, 455 f., der darauf hinweist, dass das Privatrecht zunächst als Mittel der Durchsetzung (anderweitiger) unionsrechtlicher Vorgaben und nicht als Gegenstand von Harmonisierungsmaßnahmen in den Blickpunkt des Unionsrechts geraten ist. *Krit. v. Bar*, JZ 2014, 473, 475: „Privatrecht hat eben gerade nicht primär die Aufgabe, als Motor des Binnenmarktes zu fungieren.“

⁹² Siehe insbesondere *Schmid*, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union* (2010), S. 816–819 und passim.

⁹³ Vgl. *Basedow*, ERPL 18 (2010), 443, 449–451; *Collins*, in: Brownsword/Micklitz/Niglia u. a. (Hrsg.), *The Foundations of European Private Law* (2011), S. 453, 459, 463.

⁹⁴ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 29.08.2008, Rs. C-275/06, Slg. 2008, I-271, I-346 (Rn. 68) – *Promusicae*; Urt. v. 15.04.2010, Rs. C-215/08, Slg. 2010, I-2947, I-3006 f. (Rn. 45–49) – E. Friz.

EuGH nicht primär um eine interessenausgleichende Festlegung der Pflichten aus dem Kaufvertrag, so dass diese Regelung dogmatisch stimmig in das synallagmatische Pflichtenprogramm von Käufer und Verkäufer nach dem jeweiligen nationalen Kaufrecht der Mitgliedstaaten einzupassen wäre.⁹⁵ Vielmehr fragt der EuGH, ob eine im Recht eines Mitgliedstaats vorgesehene Pflicht des Verbrauchers zur Nutzungsentschädigung bei der Nachlieferung mit dieser Richtlinienbestimmung unvereinbar ist, weil daraus negative Anreize für den grenzüberschreitenden Handel im Binnenmarkt resultieren, so dass das Integrationsziel gefährdet wird.⁹⁶ Aufgrund dieser Ausrichtung am Integrationsziel haben unionsrechtlich präformierte Privatrechtsnormen häufig eine Brückenfunktion:⁹⁷ Im nationalen Recht müssen sie sich einerseits in den dogmatischen Kontext einfügen, verfolgen aber andererseits ein durch höherrangiges Unionsrecht vorgegebenes zwingendes Regulierungsziel.

Im Folgenden sollen die Vorgaben des Unionsrechts zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts genauer untersucht werden. Dazu soll zuerst betrachtet werden, in welchen Fällen das Unionsrecht die Mitgliedstaaten zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts verpflichtet (dazu unter II.). Anschließend werden die Vorgaben des Unionsrechts zur Ausgestaltung des regulatorischen Privatrechts am Beispiel von Schadensersatzansprüchen genauer in den Blick genommen (dazu unter III.).

II. Unionsrechtliche Vorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts

Obwohl der EuGH grundsätzlich von der Gleichwertigkeit der Rechtdurchsetzungsmechanismen ausgeht, so dass den Mitgliedstaaten die Wahl der Teilrechtsordnung bleibt,⁹⁸ und auch bei der Umsetzung von Richtlinien den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen ist, gibt es eine Reihe von Fällen, in denen das Unionsrecht zwingend den Einsatz (regulatorischen) Privatrechts erfordert.

⁹⁵ Selbst wenn ein Gericht besten Willens dazu wäre, ist es im Übrigen sehr zweifelhaft, ob eine solche harmonisierte Regelung friktionslos in die Dogmatik der Kaufrechte von 28 Mitgliedstaaten integriert werden könnte.

⁹⁶ Ausführlich zu diesem Beispiel oben S. 109 ff.

⁹⁷ *Johnston*, in: *Leczykiewicz/Weatherill* (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships* (2013), S. 357 ff. spricht von „spillover effects“.

⁹⁸ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 21.09.1989, Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965, 2985 (Rn. 24) – Kommission/Griechenland; Urt. v. 10.07.1990, Rs. C-326/88, Slg. 1990, I-2911, I-2935 (Rn. 17) – Hansen (beide zu Verordnungen); EuGH, Urt. v. 08.06.1994, Rs. C-382/92, Slg. 1994, I-2435, I-2475 (Rn. 55) – Kommission/Vereinigtes Königreich; Urt. v. 26.09.2013, Rs. C-418/11, n. n. v. (Rn. 50) – *Texdata Software* (beide zu Richtlinien).

1. Unmittelbar anwendbares regulatorisches Unionsprivatrecht

Am eindeutigsten sind die Fälle, in denen das Unionsrecht selbst unmittelbar anwendbare Privatrechtsnormen mit Regulierungsintention enthält. So schreiben beispielsweise die Art. 7–13 Roaming-Verordnung⁹⁹ den Mobilfunkunternehmen Höchstpreise für die grenzüberschreitende Handy-Nutzung in der EU vor und greifen damit in die Vertragsfreiheit der Mobilfunkbetreiber ein, mit dem Ziel, einen Binnenmarkt für Telekommunikationsdienstleistungen zu schaffen.¹⁰⁰

Ein Beispiel aus dem Wirtschaftsrecht ist Art. 35a Ratingagenturen-Verordnung¹⁰¹, der eine privatrechtliche Haftung von Ratingagenturen gegenüber Anlegern und Emittenten statuiert. Der regulierende Charakter dieser Vorschrift zeigt sich insbesondere daran, dass die Haftung an die Verletzung enumerativ aufgeführter Verhaltensregeln anknüpft, so dass die privatrechtliche Schadenersatzpflicht die nach Art. 36a Ratingagenturen-Verordnung für dieselben Verstöße zu verhängenden Geldbußen ergänzt. Ziel der Norm ist deshalb weniger der Schadensausgleich als die privatrechtliche Durchsetzung der durch das Unionsrecht vorgegebenen Verhaltensstandards, weshalb Art. 35a Ratingagenturen-Verordnung als Paradebeispiel für „private enforcement“ bezeichnet wird.¹⁰²

Insgesamt existieren allerdings nur wenige direkt anwendbare regulatorische Privatrechtsnormen im Unionsrecht.¹⁰³

2. Ausdrückliche Richtlinienvorgaben zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts

Dagegen enthält eine Vielzahl von Richtlinien Vorgaben, welche die grundsätzliche Formwahlfreiheit der Mitgliedstaaten so einschränken, dass nur eine Umsetzung mittels regulatorischer Privatrechtsnormen in Betracht kommt.¹⁰⁴ Beispiele sind im Bereich des Haftungsrechts die Produkthaftung gemäß Art. 1

⁹⁹ Verordnung (EU) Nr. 531/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union (Neufassung), ABl. EU L 172, S. 10.

¹⁰⁰ Vgl. Erwägungsgrund 2 zur Roaming-Verordnung.

¹⁰¹ Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über Ratingagenturen, ABl. EU L 302, S. 1. Art. 35a wurde eingefügt durch die Änderungs-Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013, ABl. EU L 146, S. 1.

¹⁰² Dutta, WM 2013, 1729, 1733.

¹⁰³ Zur privatrechtlichen Durchsetzung sonstiger direkt anwendbarer Unionsrechtsnormen siehe sogleich S. 193 ff. Eher dem Interessenausgleich dient dagegen eine Reihe von Verordnungen, welche Entschädigungsrechte der Flug- und Fahrgäste bei Verspätungen und Annullierungen festschreiben.

¹⁰⁴ In diesen Fällen wäre es ein Verstoß gegen das Gebot, Richtlinien gemäß dem *effet utile* umzusetzen (vgl. EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, 517 (Rn. 69/73) – Royer), wenn ein Mitgliedstaat stattdessen eine Umsetzung im Verwaltungsrecht wählen würde; vgl. auch *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 363.

Produkthaftungsrichtlinie¹⁰⁵, die Haftung der Organwalter sowie des Verschmelzungs-/Spaltungsprüfers für schuldhaftes Verhalten bei Verschmelzungen/Spaltungen von Aktiengesellschaften gemäß Art. 20, 21 Verschmelzungsrichtlinie¹⁰⁶ bzw. Art. 18 Spaltungsrichtlinie¹⁰⁷, die Haftung der Organwalter für die fehlerhafte Erstellung der Bilanzen gemäß Art. 33 Abs. 2 Bilanzrichtlinie¹⁰⁸, die Haftung bei Verletzung von Immaterialgüterrechten gemäß Art. 13 Enforcementrichtlinie¹⁰⁹, Haftungsvorschriften bei Verstößen gegen die Antidiskriminierungsrichtlinien¹¹⁰, die Prospekthaftung gemäß Art. 6 Prospektrichtlinie¹¹¹,

¹⁰⁵ Richtlinie des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG), ABl. EG L 210, S. 29. Der regulatorische Charakter der europäischen Produkthaftung wird in den Erwägungsgründen der Richtlinie unterstrichen und zeigt sich etwa daran, dass ein Mitverschulden Dritter nicht haftungsbegrenzend wirkt (vgl. Art. 8 Abs. 1 RL), dass eine Selbstbeteiligung des Geschädigten vorgesehen ist (vgl. Art. 9 lit. b RL) und dass die Haftung nicht privatautonom abdingbar ist (vgl. Art. 12 RL).

¹⁰⁶ Richtlinie 2011/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (kodifizierter Text), ABl. EU L 110, S. 1.

¹⁰⁷ Sechste Richtlinie des Rates vom 17. Dezember 1982 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften (82/891/EWG), ABl. EG L 378, S. 47.

¹⁰⁸ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen, ABl. EU L 182, S. 19.

¹⁰⁹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 157, S. 45. Die regulatorische Tendenz der Norm zeigt sich etwa daran, dass sie die Berechnung des Schadens anhand des Verletzergewinns ermöglicht.

¹¹⁰ Siehe Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EU L 373, S. 37; Art. 18 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. EU L 204, S. 23; Art. 10 Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, ABl. EU L 180, S. 1. Diese Vorschriften sind regulatorischer Natur, weil sie jeweils verlangen, dass der Schadensersatz „abschreckend“ ausgestaltet sein muss. Demgegenüber lassen Art. 15 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG L 180, S. 22 und Art. 17 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG L 303, S. 16 dem Mitgliedstaaten die Wahl, ob sie Verstöße gegen die Gleichbehandlungspflichten mittels Schadensersatzansprüchen sanktionieren wollen.

¹¹¹ Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, ABl. EU L 345, S. 64 (Art. 6 wurde geändert durch die Richtlinie 2010/73/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010, ABl. EU L 327, S. 1).

die Kapitalmarkthaftung gemäß Art. 7 Transparenzrichtlinie¹¹² und die Haftung des Kartellrechtsverletzers gemäß Art. 3 Kartellschadensersatzrichtlinie¹¹³. Im Bereich des Vertragsrechts gibt es Beispiele bei der Vertragsanbahnung, insbesondere die Widerrufsrechte¹¹⁴ des Verbrauchers bei Haustürgeschäften und im Fernabsatz gemäß Art. 9 Verbraucherrechterichtlinie¹¹⁵ und Art. 6 Finanzdienstleistungsfernabsatzrichtlinie¹¹⁶, des Kreditnehmers gemäß Art. 14 Verbraucher-kreditrichtlinie¹¹⁷ und des Verbrauchers beim Timesharing gemäß Art. 6 Teilzeitnutzungsrechterichtlinie¹¹⁸. Bezüglich des Vertragsinhalts ist insbesondere die Klauselkontrolle gemäß Art. 3 Klauselrichtlinie¹¹⁹ zu nennen. Im Bereich der vertraglichen Rechtsbehelfe erfordern Richtlinien den Erlass regulatorischer, unabdingbarer Normen, etwa beim automatischen Zahlungsverzug nebst Verzinsungspflicht unter Unternehmen gemäß Art. 3 Zahlungsverzugsrichtlinie¹²⁰, beim Recht auf vorzeitige Kündigung eines Immobiliendarlehens gemäß Art. 25 Wohnimmobilienkreditrichtlinie oder bei den Gewährleistungsrechten gemäß Art. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹²¹.

Alle diese Vorschriften sind „regulatorisch“ im Sinne dieser Studie. Mit der Stärkung von Verbraucherrechten verfolgt der Unionsrechtsgeber beispielsweise das Ziel, durch Gewährleistung eines einheitlich hohen Verbraucherschutzniveaus

¹¹² Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABl. EU L 390, S. 38. Zum regulatorischen Charakter von Prospekt- und Kapitalmarkthaftung siehe ausführlich *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 177–180.

¹¹³ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. EU L 349, S. 1.

¹¹⁴ Siehe zur regulierenden Wirkung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 796 f.

¹¹⁵ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. EU L 304, S. 64.

¹¹⁶ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl. EG L 271, S. 16.

¹¹⁷ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge, ABl. EU L 133, S. 66.

¹¹⁸ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. EU L 33, S. 10.

¹¹⁹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG L 95, S. 29.

¹²⁰ Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (Neufassung), ABl. EU L 48, S. 1.

¹²¹ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171, S. 12.

veaus Vorbehalte der Verbraucher gegenüber Anbietern aus anderen EU-Staaten abzubauen und so den Wettbewerb im Binnenmarkt zu stärken.¹²²

3. Pflicht zur privatrechtlichen Durchsetzung individueller Rechte

Schließlich gewähren eine Vielzahl von Unionsrechtsakten (Verordnungen wie Richtlinien) mit regulatorischer Intention individuelle Rechte an Einzelne,¹²³ ohne dabei ausdrücklich festzulegen, auf welche Art und Weise diese Rechte im Recht der Mitgliedstaaten durchgesetzt werden können. Häufig verlangt das Unionsrecht auch in diesen Fällen die Umsetzung im Wege regulatorischen Privatrechts. Im Folgenden soll zunächst analysiert werden, unter welchen Voraussetzungen ein Unionsrechtsakt nach der Rechtsprechung des EuGH Einzelnen individuelle Rechte verleiht (dazu unter a.). Anschließend wird untersucht, in welchen Fällen die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, diese individuellen Rechte mittels (regulatorischen) Privatrechts durchzusetzen (dazu unter b.).

a. Tatbestand des individuellen Rechts

Wie bereits festgestellt,¹²⁴ ist das „individuelle Recht“ ein spezifisches Konzept der Unionsrechtsordnung. Anders als das deutsche Recht, das mit der Anerkennung eines subjektiven (Privat-)Rechts oder eines subjektiv-öffentlichen Rechts zugleich die Frage der rechtsdogmatischen Verortung beantwortet, folgt das Unionsrecht einem funktionalen Ansatz, der zuerst nach der individuellen Berechtigung als solcher fragt und dann in einem zweiten Schritt entscheidet, auf welche Weise diese Rechtsposition im Rahmen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durchzusetzen ist.¹²⁵ Die zuvor (unter 1. und 2.) behandelten Bei-

¹²² Dies übersieht die Kritik von *Bar-Gill/Ben-Shabar*, CMLR 50 (2013), 109, 113–115, die den Kosten zwingender Verbraucherschutzregeln ausschließlich den direkten Nutzen aus diesen Vorschriften gegenüberstellen, ohne die (intendierten) Auswirkungen auf den Binnenmarkt (Verbreiterung des Wettbewerbs) zu beachten.

¹²³ Die Formulierung des EuGH, es sei zu prüfen, ob „das Ziel“ einer Richtlinienbestimmung die Verleihung eines Rechts an Einzelne umfasse (vgl. EuGH, Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4881 (Rn. 33) – Dillenkofer) wurde teilweise so interpretiert, als bestehe ein Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien hinsichtlich der Verleihung individueller Rechte (in diese Richtung v. *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 40. EL., 2009), Art. 288 EGV Rn. 132). Allerdings sind gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV Richtlinien nur hinsichtlich des „zu erreichenden Ziels verbindlich“. Indem der EuGH auf das „Ziel“ rekurriert, fragt er also danach, ob die Richtlinie *verbindlich* die Gewährung individueller Rechte an Einzelne verlangt; ähnlich *Classen*, VerwArch 88 (1997), 645, 670.

¹²⁴ Oben S. 184 ff.

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 19.12.1968, Rs. 13/68, Slg. 1968, 680, 693 – Salgoil: „[D]ie staatlichen Gerichte [sind], soweit die fraglichen Vorschriften den einzelnen Rechte einräumen, welche diese Gerichte zu beachten haben, [gehalten,] den Schutz dieser Rechte zu gewährleisten [...], [...] es [ist] jedoch Sache der Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten [...], das hierfür zuständige Gericht zu bestimmen und zu diesem Zweck die genannten Rechte nach den Merk-

spiele sind insofern Sonderfälle, als die entsprechenden Verordnungen und Richtlinien die Existenz eines individuellen Rechts ausdrücklich aussprechen. In der Mehrzahl der Fälle statuieren die Unionsrechtsakte dagegen nicht ausdrücklich, dass eine Bestimmung dem Einzelnen ein individuelles Recht verleiht.¹²⁶ Dann ist durch Auslegung zu ermitteln, ob sich der Einzelne auf die Regelung berufen kann, die ihrem Wortlaut nach nur eine Verpflichtung begründet.¹²⁷

Die Voraussetzungen, unter denen der EuGH annimmt, dass eine Vorschrift des Unionsrechts einem Einzelnen ein individuelles Recht verleiht, unterscheiden sich von den Kriterien mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen¹²⁸ und sind weit aus großzügiger als die aus dem deutschen Recht bekannten Tatbestandsvoraussetzungen der Schutznormtheorie im Öffentlichen Recht bzw. des Schutzgesetzes i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB.¹²⁹ Obwohl insoweit in der Wissenschaft Einigkeit besteht,¹³⁰ existieren kaum griffige Umschreibungen der positiven Voraussetzungen, die der EuGH an die Bejahung eines individuellen Rechts stellt. Dies

malen des innerstaatlichen Rechts zu qualifizieren.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Siehe auch EuGH, Urt. v. 16.12.1976, Rs. 33/76, Slg. 1976, 1989, 1998 (Rn. 5) – Rewe-Zentralfinanz; Urt. v. 16.12.1976, Rs. 45/76, Slg. 1976, 2043, 2053 (Rn. 11/18) – Comet.

¹²⁶ Dies ist auch im deutschen Öffentlichen Recht der Regelfall; vgl. *Classen*, VerwArch 88 (1997), 645, 649.

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 25 – Van Gend & Loos; Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5413 (Rn. 31) – Francovich; Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4881–I-4883 (Rn. 33–42) – Dillenkofer; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6321 (Rn. 19) – Courage.

¹²⁸ So genannte autonome Auslegung; *Beljin*, in: Prechal/van Roermund (Hrsg.), *The Coherence of EU Law* (2008), S. 91, 109; *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 341–343.

¹²⁹ Ein eindrucksvolles Beispiel für die Unterschiede bietet der Fall *Danske Slagterier*: Die Generalanwältin *Trstenjak* trat in ihren Schlussanträgen dafür ein, dass die Bestimmungen zweier Richtlinien, welche gesundheitsbehördliche Kontrollen von Frischfleisch betreffen, keine individuellen Rechte der Fleischproduzenten und -exporteure begründen, und berief sich dabei maßgeblich (mit Zitaten ausschließlich aus dem deutschen Öffentlichen Recht) auf die Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht; GA *Trstenjak*, Schlussanträge v. 04.09.2008, Rs. C-445/06, Slg. 2009, I-2119, I-2124, I-2149 (Rn. 72 mit Fn. 33 und 34) – *Danske Slagterier*. Die Ausführungen gipfelten in dem Satz: „Die Tatsache allein, dass eine Rechtsvorschrift dem Bürger Vorteile bringt, begründet jedoch noch kein subjektives Recht, sondern vermittelt höchstens einen günstigen Rechtsreflex.“ Dagegen entschied der Gerichtshof in derselben Sache, ohne auf die Einwände der Generalanwältin ausdrücklich einzugehen, dass die fraglichen Richtlinienbestimmungen zweifelsfrei individuelle Rechte begründen. Die Kernaussage lautet: „Dass den Mitgliedstaaten untersagt ist, die Einfuhr zu verhindern [sofern nicht die durch die Richtlinien genannten Versagensgründe vorliegen; A.H.], verleiht dem Einzelnen das Recht, frisches Fleisch, das den Anforderungen der Gemeinschaft entspricht, in einem anderen Mitgliedstaat zu vermarkten.“; EuGH, Urt. v. 24.09.2009, Rs. C-445/06, Slg. 2009, I-2119, I-2183 (Rn. 24) – *Danske Slagterier*.

¹³⁰ Siehe z.B. *Blanke*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 47 EU-GRCharta Rn. 6; *Eilmansberger*, CMLR 41 (2004), 1199, 1225 f.; *Jarass*, EU-GRCharta² (2013), Art. 47 Rn. 8; *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 178–181; *Nettesheim*, Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien (1999), S. 40 f.; *ders.*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 288 AEUV Rn. 123; *Ruffert*, CMLR 34 (1997), 307, 321–324.

scheint daran zu liegen, dass das Unionsrecht eine andere Perspektive auf die Individualberechtigung einnimmt: Während im deutschen Recht stets gefragt wird, inwieweit eine Norm darauf abzielt, (auch) die Interessen des Einzelnen zu schützen¹³¹ und die meisten deutschen Kommentatoren dies als Ausgangspunkt beibehalten,¹³² geht der EuGH von dem konkreten Integrationsziel aus, das eine Unionsrechtsnorm verfolgt. Da die Einräumung individueller Rechte – auch bei der Richtlinienumsetzung – ein Mittel zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung ist,¹³³ entspricht es dem Prinzip der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts (Effektivitätsgebot¹³⁴), dass die durch das Unionsrecht verfolgten Politikziele soweit wie möglich individuelle Rechte an Einzelne verleihen.¹³⁵ Dementsprechend zeigt eine Analyse der Bestimmungen, die nach der Rechtsprechung des EuGH individuelle Rechte begründen, obwohl sie nach den Maßstäben des deutschen Rechts nur die Allgemeinheit schützen und keine subjektiven Rechte gewähren würden,¹³⁶ dass es sich stets um solche Rechtsgüter oder Politikziele handelt, die hinreichend personalisiert werden können,¹³⁷ dass Einzelne von der Erreichung/Verfehlung des Politikziels Betroffene identifiziert werden kön-

¹³¹ Vgl. nur *Wagner*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 823 Rn. 405 (zu § 823 Abs. 2 BGB); *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁸ (2014), § 50 Rn. 14 (zur Schutznormtheorie) jeweils m. w. N.

¹³² Besonders deutlich bei *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁴ (2011), Art. 288 AEUV Rn. 45: Erstens müssen individuelle Rechte vom Ziel der Richtlinienvorschrift umfasst sein; zweitens müssen die von einer Normverletzung Betroffenen individualisierbar sein; drittens müssen diese beiden Voraussetzungen gegebenenfalls gelockert werden, wenn andernfalls die effektive Durchsetzung der Richtlinie gefährdet wäre.

¹³³ Siehe ausführlich oben S. 184 ff.

¹³⁴ Für die verschiedenen Ausprägungen des Effektivitätsgebots siehe *Heinze*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 337 f.

¹³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 (Rn. 27) – *Courage*; Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-253/00, Slg. 2002, I-7289, I-7322 (Rn. 31) – *Antonio Muñoz y Cia*.

¹³⁶ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, I-2601 (Rn. 16) – *Kommission/Deutschland* (Schutz der menschlichen Gesundheit/Luftqualität); Urt. v. 30.05.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, I-2631 (Rn. 19) – *Kommission/Deutschland* (menschliche Gesundheit/Bleiverschmutzung); Urt. v. 17.10.1991, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983, I-5023 (Rn. 14) – *Kommission/Deutschland* (Volksgesundheit/Trinkwasserreinheit); Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-201/02, Slg. 2004, I-723, I-766 (Rn. 61) – *Wells* (Umweltverträglichkeit eines Steinbruchs); Urt. v. 25.08.2008, Rs. C-237/07, Slg. 2008, I-6221, I-6232 f. (Rn. 36 f.) – *Janecek* (Luftqualität).

¹³⁷ Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn eine Norm lediglich Kompetenzen unterschiedlicher Unionsorgane abgrenzt (vgl. EuGH, Urt. v. 13.03.1992, Rs. C-282/90, Slg. 1992, I-1937, I-1968 (Rn. 20) – *Vreugdenhil*; EuG, Urt. 10.02.2004, verb. Rs. T-64/01 und T-65/01, Slg. 2004, II-521, II-573 (Rn. 116) – *Afrikanische Frucht-Compagnie*), wenn eine Richtlinienbestimmung die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kommission über geplante Maßnahmen zu informieren, ohne dass die Kommission gegen die Maßnahmen vorgehen kann (vgl. EuGH, Urt. v. 13.07.1989, Rs. 380/87, Slg. 1989, 2491, 2518 (Rn. 23) – *Enichem Base*) oder wenn eine Bestimmung lediglich programmatischen Charakter hat und Aspekte aufzählt, welche die Mitgliedstaaten bei der Rechtsanwendung zu beachten haben (vgl. EuGH, Urt. v. 23.02.1994, Rs. C-236/92, Slg. 1994, I-483, I-502 (Rn. 12) – *Comitato di coordinamento per la difesa della Cava*).

nen.¹³⁸ Anders gewendet bedeutet dies, dass alle Normen des Unionsrechts, die den Interessenkreis der Bürger in irgendeiner Weise faktisch berühren, grundsätzlich individuelle Rechte verleihen.¹³⁹

Von diesem Grundsatz existieren einige wenige Ausnahmen. Der Umstand, dass eine Norm (auch) durch Unionsorgane¹⁴⁰ oder Behörden der Mitgliedstaaten¹⁴¹ durchgesetzt wird, steht ihrer Eignung, individuelle Rechte zu begründen, grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings folgen aus einer Vorschrift dann keine individuellen Rechte des Einzelnen, wenn eine wesentliche Komponente der Durchführung durch die Kommission¹⁴² oder einen Mitgliedstaat¹⁴³ darin besteht, die Rechtmäßigkeit einer Handlung zu prüfen bzw. der entscheidenden Instanz ein Ermessen einzuräumen. Außerdem kann ein individuelles Recht gegenüber dem *Mitgliedstaat* ausgeschlossen sein, wenn die Verpflichtung einer Richtlinie gerade dahin geht, dem Einzelnen einen Anspruch gegen einen *Privaten* einzuräumen und der Mitgliedstaat insoweit seine Umsetzungspflicht nachgekommen ist.¹⁴⁴

b. Öffentliche versus private Durchsetzung individueller Rechte

Mit der Feststellung, dass eine Bestimmung des Unionsrechts dem Einzelnen individuelle Rechte verleiht, ist noch keine Aussage darüber getroffen, auf welche Weise diese individuellen Rechte im Rahmen der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten durchzusetzen sind. Als Ausfluss ihrer Rechtsdurchsetzungsaunomie haben die Mitgliedstaaten grundsätzlich die Wahl, ob sie individuelle Rechte im Wege von Verwaltungsverfahren zur Geltung bringen oder einen privatrechtlichen Anspruch vorsehen. Erforderlich ist nur, dass sich die betroffenen Einzelnen vor Gericht auf ihr individuelles Recht berufen können und dieses (wenn es sich um eine Richtlinienbestimmung handelt) so in das nationale Recht umgesetzt ist, dass der Einzelne von seinen Rechten Kenntnis erlangen kann.¹⁴⁵

¹³⁸ Ebenso *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 358 f.

¹³⁹ I.E. ebenso *Jarass*, EU-GRCharta² (2013), Art. 47 Rn. 8; *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997), S. 37. Bei Richtlinien ist zusätzlich erforderlich, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist; vgl. EuGH, Urt. v. 03.03.1994, Rs. C-316/93, Slg. 1994, I-763, I-785 (Rn. 19) – *Vaneetveld*. Zur Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten siehe unten S. 202 f.

¹⁴⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 (Rn. 24, 27) – *Courage*.

¹⁴¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-253/00, Slg. 2002, I-7289, I-7321 f. (Rn. 30 f.) – *Antonio Muñoz y Cia*.

¹⁴² EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253, 1273 – *Costa/E.N.E.L.* (zu Art. 93 EWG = Art. 108 AEUV); Urt. v. 13.04.1994, Rs. C-128/92, Slg. 1994, I-1209, I-1275 (Rn. 17 f.) – *Banks* (zum EGKS-Vertrag).

¹⁴³ EuGH, Urt. v. 11.11.2004, Rs. C-216/02, Slg. 2004, I-10683, I-10714 (Rn. 36) – *Österreichischer Zuchtverband für Ponys*.

¹⁴⁴ EuGH, Urt. v. 12.10.2004, Rs. C-222/02, Slg. 2004, I-9425, I-9475 f. (Rn. 30 f.) – *Paul*.

¹⁴⁵ EuGH, Urt. v. 07.07.1981, Rs. 158/80, Slg. 1981, 1805, 1838 (Rn. 44) – *Rewe-Handelsgesellschaft Nord*; Urt. v. 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, I-2600 f. (Rn. 15) – *Kom-*

Bereits im Rahmen der Rechtsdurchsetzungsautonomie kann sich deshalb eine Verpflichtung zur privatrechtlichen Durchsetzung individueller Rechte ergeben, sofern sich ein Mitgliedstaat ausdrücklich entscheidet, das betreffende Recht *nicht* öffentlich-rechtlich durchzusetzen.¹⁴⁶ Einschränkungen der mitgliedstaatlichen Rechtsdurchsetzungsautonomie ergeben sich einerseits in solchen Fällen, in denen das Unionsrecht selbst explizit ein privatrechtliches Rechtsmittel vorsieht¹⁴⁷ bzw. sich dies aus der Auslegung der Bestimmung ergibt,¹⁴⁸ andererseits hat der EuGH aus dem Äquivalenz- und Effektivitätsgebot Kriterien entwickelt, wann individuelle Rechte mittels Privatrecht durchsetzbar sein müssen.

So hat der EuGH in einer Reihe von Urteilen aus dem Effektivitätsgebot abgeleitet, dass Verstöße gegen unionsrechtliche Normen, welche individuelle Rechte an Einzelne verleihen, zu Schadensersatzansprüchen der geschädigten Einzelnen führen müssen.¹⁴⁹ Da diese Rechtsprechung inzwischen durch eine Vielzahl von Urteilen bestätigt wurde, kann sie nicht als zufälliges Ergebnis einer zu engen Vorlagefrage im Grundfall *Courage* gedeutet werden.¹⁵⁰ Überzeugender ist es, davon auszugehen, dass das Effektivitätsgebot eine privatrechtliche Rechtsdurchsetzung in solchen Rechtsgebieten verlangt, die Gegenstand detaillierter unionsrechtlicher Regulierung sind,¹⁵¹ so dass die private Durchsetzung inhaltlich weitgehend durch Vorgaben des Unionsrechts ausgefüllt werden kann.

Während die Anforderungen des Effektivitätsgebots für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen gelten, erfordert das Äquivalenzgebot einen Vergleich zwischen den für die Durchsetzung der unionsrechtlich begründeten Rechte zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln und den Regelungen des betreffenden Mitgliedstaates zur Durchsetzung vergleichbarer Rechte rein nationaler Provenienz.¹⁵² Daher erlaubt das Äquivalenzgebot stets nur Aussagen mit Bezug auf eine konkrete mitglied-

mission/Deutschland; Urt. v. 17.10.1991, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983, I-5023 (Rn. 13) – Kommission/Deutschland.

¹⁴⁶ Ein Beispiel sind Normen wie § 4 Abs. 4 FinDAG, denen zufolge Aufsichtsbehörden (hier: die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) nur im öffentlichen Interesse tätig werden, so dass der betroffene Einzelne keinen Anspruch auf Einschreiten hat (zu § 4 FinDAG siehe *Vogel*, in: Assmann/Schneider, WpHG⁶ (2012), § 4 Rn. 81).

¹⁴⁷ Siehe die Beispiele oben S. 190 ff.

¹⁴⁸ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4882 (Rn. 36) – Dillenkofer.

¹⁴⁹ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 (Rn. 26 f.) – *Courage*; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6669 (Rn. 91) – *Manfredi*; Urt. v. 17.09.2002, Rs. C-253/00, Slg. 2002, I-7289, I-7322 (Rn. 31) – *Antonio Muñoz y Cia*; Urt. v. 14.06.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011, I-5161, I-5200 (Rn. 29) – *Pfleiderer*; Urt. v. 06.06.2013, Rs. C-536/11, n. n. v. (Rn. 23) – *Donau Chemie*; Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 23) – *Kone*. Siehe auch EuGH, Urt. v. 19.06.1990, Rs. C-213/89, Slg. 1990, I-2433, I-2474 (Rn. 21) – *Factortame* (mitgliedstaatliche Rechtsordnung muss einstweilige Anordnungen zur Durchsetzung unionsrechtlich geschützter Rechte vorsehen).

¹⁵⁰ So aber *Dougan*, *National Remedies Before the Court of Justice* (2004), S. 381.

¹⁵¹ Vgl. *Craig/ de Búrca*, *EU Law*⁶ (2015), S. 241.

¹⁵² Vgl. GA Maduro, Schlussanträge v. 01.03.2007, verb. Rs. C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, I-4236, I-4240 (Rn. 17) – *van der Weerd*.

staatliche Rechtsordnung. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH verlangt das Äquivalenzgebot für diese Rechtsordnung, dass eine „Regelung in gleicher Weise für Rechtsbehelfe gilt, die auf die Verletzung des Unionsrechts gestützt sind, wie für solche, die auf die Verletzung des innerstaatlichen Rechts gestützt sind“.¹⁵³ Dabei bestimmt sich die Vergleichbarkeit des Rechtsbehelfs nach dem Gegenstand, dem Rechtsgrund und den wesentlichen Merkmalen der Klage.¹⁵⁴ Es ist Aufgabe der nationalen Gerichte, zu beurteilen, ob die nationale Rechtsordnung vergleichbare Standards für die Durchsetzung des Unionsrechts gewährleistet.¹⁵⁵

Bislang hat der EuGH, soweit ersichtlich,¹⁵⁶ das Äquivalenzgebot nur auf die *Ausgestaltung* von Rechtsbehelfen, nicht aber auf die Frage angewendet, ob überhaupt ein bestimmter Rechtsbehelf (etwa ein privatrechtlicher Anspruch) vorhanden ist. Nimmt man den Wortlaut der Entscheidungen und das Anliegen des EuGH, gegen eine Diskriminierung des Unionsrechts bei der Rechtsdurchsetzung vorzugehen, ernst, spricht aber Vieles dafür, dass sich aufgrund des Äquivalenzgebots auch eine Pflicht der Mitgliedstaaten ergeben kann, einen bestimmten Rechtsbehelf bei der Verletzung von unionsrechtlich begründeten individuellen Rechten vorzusehen, sofern die nationale Rechtsordnung solche Ansprüche bei der Durchsetzung vergleichbarer Rechtspositionen des nationalen Rechts kennt. In diesem Sinne konkretisiert das Äquivalenzgebot die Pflicht der Mitgliedstaaten aus Art. 19 Abs. 1 Unterabs. 2 EUV, die erforderlichen Rechtsbehelfe zur wirksamen Durchsetzung des Unionsrechts zu schaffen.

4. Regulatorisches Privatrecht als Ausfluss des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots

Aufgrund von Äquivalenz- und Effektivitätsgebot sind die Mitgliedstaaten aber nicht nur verpflichtet, bestimmte Rechtsbehelfe einzuführen. Vielmehr wirken sich diese Grundsätze auch maßgeblich auf die Ausgestaltung der im nationalen Recht für die Durchsetzung des Unionsrechts vorgesehenen Ansprüche und Einwendungen aus.¹⁵⁷

¹⁵³ EuGH, Urt. v. 19.07.2012, Rs. C-591/10, n. n. v. (Rn. 31) – Littlewoods Retail; siehe auch EuGH, Urt. v. 15.09.1998, Rs. C-231/96, Slg. 1998, I-4951, I-4991 (Rn. 36) – Edis; Urt. v. 01.12.1998, Rs. C-326/96, Slg. 1998, I-7835, I-7870 (Rn. 41) – Levez.

¹⁵⁴ EuGH, Urt. v. 16.05.2000, Rs. C-78/98, Slg. 2000, I-3201, I-3263 (Rn. 57) – Preston; Urt. v. 29.10.2009, Rs. C-63/08, Slg. 2009, I-10467, I-10521 (Rn. 45) – Pontin.

¹⁵⁵ EuGH, Urt. v. 01.12.1998, Rs. C-326/96, Slg. 1998, I-7835, I-7870 (Rn. 43) – Levez; Urt. v. 16.05.2000, Rs. C-78/98, Slg. 2000, I-3201, I-3263 (Rn. 57) – Preston.

¹⁵⁶ Siehe aber GA Colomer, Schlussanträge v. 04.09.2008, Rs. C-396/07, Slg. 2008, I-8883, I-8886, I-8905 (Rn. 56) – Juuri: „Diese Folge ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die von den nationalen Gerichten einen Grad an prozessualen und *materiell-rechtlichem* Schutz nach den Grundsätzen der Effektivität und der Gleichwertigkeit, einschließlich in Bereichen, die einer Mindestharmonisierung unterliegen, verlangt.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁵⁷ Ausführlich Rott, in: Leczykiewicz / Weatherill (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships* (2013), S. 181 ff.

Anschaungsmaterial bieten etwa die Entscheidungen des EuGH zu den Verbraucherschützenden Widerrufsrechten. So hat es der EuGH als mit der effektiven Durchsetzung des durch die Haustürgeschäfte-Richtlinie¹⁵⁸ gewährten Widerrufsrechts unvereinbar angesehen, dieses für den Fall, dass der Verbraucher nicht ordnungsgemäß belehrt wurde, auf ein Jahr zu befristen.¹⁵⁹ In zwei weiteren Urteilen hat der Gerichtshof aus dem Erfordernis, dass die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen“, der entgegen Art. 4 Haustürgeschäfte-Richtlinie nicht schriftlich auf sein Widerrufsrecht hingewiesen wurde, abgeleitet, dass ein solcher Verbraucher nicht die wirtschaftlichen Nachteile eines späteren Widerrufs zu tragen hat.¹⁶⁰ Die Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts nach der Fernabsatzrichtlinie¹⁶¹ wird nach zwei weiteren Urteilen beeinträchtigt, wenn der Verbraucher gezwungen wäre, allein für das Prüfen und Ausprobieren der Ware Wertersatz zu leisten¹⁶² oder die Kosten der ursprünglichen Zusendung der Ware an sich zu tragen.¹⁶³

Im Bereich der AGB-Kontrolle nach der Klauselrichtlinie hat der EuGH entschieden,¹⁶⁴ dass mitgliedstaatliche Gerichte aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes von Amts wegen die Befugnis haben, die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu prüfen, auch wenn sich der Verbraucher im Prozess nicht darauf berufen hat¹⁶⁵ und dass das Gericht die Nichtigkeit des Vertrags auch dann feststellen können muss, wenn es dazu nach innerstaatlichem Recht eigentlich nicht zuständig wäre.¹⁶⁶ Im Verbraucherkreditrecht stellt die Verwirkung eines vertraglichen Zinsanspruchs bei unterlassener Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers nach Ansicht des EuGH dann keine effektive Sanktion i. S. v. Art. 23 Verbraucherkreditrichtlinie dar, wenn an seine Stelle ein gesetzlicher Zinsanspruch tritt, der ggf. sogar noch höher ausfällt als der vertraglich vereinbarte Zins.¹⁶⁷

¹⁵⁸ Richtlinie des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (85/577/EWG), ABl. EG L 372, S. 31.

¹⁵⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-481/99, Slg. 2001, I-9945, I-9984 (Rn. 47) – Heininger.

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 25.10.2005, Rs. C-350/03, Slg. 2005, I-9215, I-9269 (Rn. 100 f.) – Schulte; Urt. v. 25.10.2005, Rs. C-229/04, Slg. 2005, I-9273, I-9311 (Rn. 48) – Crailsheimer Volksbank.

¹⁶¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144, S. 19.

¹⁶² EuGH, Urt. v. 03.09.2009, Rs. C-489/07, Slg. 2009, I-7315, I-7368 (Rn. 24) – Messner.

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 15.04.2010, Rs. C-511/08, Slg. 2010, I-3047, I-3089 (Rn. 58) – Handelsgesellschaft Heinrich Heine.

¹⁶⁴ Für einen umfassenden Überblick über die in den letzten Jahren ausufernde EuGH-Rechtsprechung zur Klauselrichtlinie siehe *Kas/Micklitz*, EWS 2013, 314–326.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 27.06.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, Slg. 2000, I-4941, I-4974 (Rn. 28) – Océano Grupo Editorial; Urt. v. 21.11.2002, Rs. C-473/00, Slg. 2002, I-10875, I-10910 (Rn. 35) – Cofidis; Urt. v. 26.10.2006, Rs. C-168/05, Slg. 2006, I-10421, I-10449 (Rn. 39) – Mostaza Claro; Urt. v. 04.06.2009, Rs. C-243/08, Slg. 2009, I-4713, I-4727 (Rn. 27) – Pannon.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 30.05.2013, Rs. C-397/11, n. n. v. (Rn. 51 f.) – Jörös.

¹⁶⁷ EuGH, Urt. v. 27.03.2014, Rs. C-565/12, n. n. v. (Rn. 51) – LCL Le Crédit Lyonnais. Dazu *Herresthal*, EuZW 2014, 497 ff.

Besonders detailliert sind die Vorgaben, die der EuGH aus dem Äquivalenz- und Effektivitätsgebot für die Ausgestaltung von Schadensersatzansprüchen abgeleitet hat. Auf diese Vorgaben soll im Folgenden ausführlich eingegangen werden.

III. Unionsrechtliche Vorgaben zur Ausgestaltung regulatorischen Privatrechts am Beispiel von Schadensersatzansprüchen

Der EuGH hat in einer Vielzahl von Urteilen Anforderungen an die Ausgestaltung von Schadensersatzansprüchen für die Verletzung von Unionsrecht formuliert. Deshalb eignet sich das Schadensersatzrecht besonders gut, um exemplarisch die inhaltliche Ausgestaltung des regulatorischen Unionsprivatrechts zu analysieren. Der Grund, weshalb es so viele und so detaillierte Entscheidungen zum Schadensersatzrecht gibt, liegt darin, dass Ersatzansprüche aus Sicht des EuGH eine regulatorische Funktion haben: Es handelt sich um eine Sanktion,¹⁶⁸ welche den Haftpflichtigen ex ante dazu anhalten soll, das Unionsrecht zu beachten. Aufgrund dieser funktionalen Sichtweise macht der EuGH, trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlagen,¹⁶⁹ hinsichtlich der Anforderungen auch keinen prinzipiellen Unterschied zwischen Ersatzansprüchen, die gegen einen Mitgliedstaat gerichtet sind (etwa wegen unterlassener/verspäteter Umsetzung von Richtlinien), und Schadensersatzansprüchen gegen Private, welche gegen direkt anwendbares Unionsrecht (z. B. das Kartellverbot des Art. 101 AEUV) bzw. das zur Umsetzung von Richtlinienbestimmungen dienende nationale Recht verstoßen haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Haftungstatbestand besteht in dem Verstoß gegen die individual-schützende unionsrechtliche Norm, sei sie Teil der Verträge, einer unmittelbar anwendbaren Verordnung oder des zur Umsetzung einer Richtlinie erlassenen nationalen Rechts. Dabei stellt sich aus unionsrechtlicher Sicht die Frage, ob die

¹⁶⁸ Zum Begriff der „Sanktion“ siehe bereits oben S. 182, Fn. 51.

¹⁶⁹ Während der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar aus dem „Wesen“ des Unionsrechts folgt (vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5414 f. (Rn. 35, 41) – Francovich), finden Schadensersatzansprüche gegen Private für die Verletzung des Unionsrechts ihre Grundlage in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen (vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6324 (Rn. 29) – Courage); a. A. GA Kokott, Schlussanträge v. 30.01.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 24) – Kone (beide Ansprüche seien unmittelbar im Unionsrecht verankert); der EuGH ist dem nicht gefolgt; vgl. Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 32) – Kone.

Mitgliedstaaten die Haftung an die Erfüllung weiterer Tatbestandsvoraussetzungen oder das Nichtvorliegen eines Rechtfertigungsgrundes des nationalen Rechts knüpfen dürfen. Dies richtet sich nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgebot.

Bezogen auf das Schadensersatzrecht besagt das Äquivalenzgebot nach der Rechtsprechung des EuGH, dass „die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein [dürfen] als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen“.¹⁷⁰ Nach diesem Maßstab darf der Mitgliedstaat also zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtfertigungsgründe vorsehen, sofern diese auch im rein nationalen Schadensersatzrecht Anwendung finden. In die gleiche Richtung geht die Aussage, aufgrund des Äquivalenzgebots sei der Mitgliedstaat nicht verpflichtet, die günstigste Regelung des betreffenden Rechtsgebietes auf alle Klagen dieses Bereichs zu erstrecken.¹⁷¹

Soweit es um den objektiven Tatbestand der Haftung geht, laufen die Vorgaben des Äquivalenzgebots allerdings praktisch leer. Denn für diesen Bereich hat der EuGH strengere Anforderungen aus dem Effektivitätsgebot abgeleitet, die den Mitgliedstaaten im Ergebnis keinen Spielraum lassen. Das Effektivitätsgebot verlangt im Schadensersatzrecht, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die Durchsetzung der aus dem Unionsrecht folgenden Schadensersatzansprüche nicht „praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“.¹⁷² Bezogen auf den objektiven Tatbestand hat der EuGH daraus abgeleitet, dass allein ein Verstoß gegen das Unionsrecht genügen muss, um die volle Haftung auszulösen, ohne dass Rechtfertigungsgründe des nationalen Rechts berücksichtigt werden können.¹⁷³ Lediglich in Sonderfällen ist es zulässig, der Geltendmachung eines konkreten Anspruchs den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenzuhalten, wenn in einem Einzelfall die berechtigten Interessen unbeteiligter Dritter durch die Geltendmachung des unionsrechtlich verbürgten Rechts unverhältnismäßig beeinträchtigt würden.¹⁷⁴

Damit ist der objektive Tatbestand im Ergebnis vollständig durch das Unionsrecht determiniert. Hieran zeigt sich besonders deutlich die regulatorische Funk-

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5416 (Rn. 43) – Francovich; Urt. v. 25.10.2010, Rs. C-429/09, Slg. 2010, I-12167, I-12198 f. (Rn. 62) – Fuß.

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 15.09.1998, Rs. C-231/96, Slg. 1998, I-4951, I-4991 (Rn. 36) – Edis; Urt. v. 01.12.1998, Rs. C-326/96, Slg. 1998, I-7835, I-7870 (Rn. 42) – Levez; Urt. v. 29.10.2009, Rs. C-63/08, Slg. 2009, I-10467, I-10522 (Rn. 45) – Pontin; Urt. v. 19.07.2012, Rs. C-591/10, n. n. v. (Rn. 31) – Littlewoods Retail.

¹⁷² EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5416 (Rn. 43) – Francovich; Urt. v. 10.07.1997, Rs. C-261/95, Slg. 1997, I-4025, I-4046 (Rn. 27) – Palmisani; Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6324 (Rn. 29) – Courage; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6661 (Rn. 62) – Manfredi.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941, I-3976 (Rn. 25) – Dekker.

¹⁷⁴ EuGH, Urt. v. 23.03.2000, Rs. C-373/97, Slg. 2000, I-1705, I-1737 (Rn. 43) – Diamantis. Ausführlich dazu *Craig / de Búrca*, EU Law⁶ (2015), S. 250.

tion der Schadensersatzhaftung, als Sanktion Mitgliedstaaten und Private zur Befolgung des Unionsrechts anzuhalten.

2. Anspruchsberechtigung

Soweit das Unionsrecht explizit Schadensersatzansprüche statuiert, regelt es zu-
meist auch den Kreis der Anspruchsberechtigten.¹⁷⁵ In den Fällen, in denen sich
die Berechtigung des Einzelnen erst durch Auslegung ergibt, ist es dagegen weit-
aus schwieriger, den Kreis der Anspruchsberechtigten zu bestimmen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH richtet sich die Anspruchsberechtigung
grundsätzlich nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das aber das Recht auf einen
effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen darf.¹⁷⁶ Die Frage der
Anspruchsberechtigung hängt eng mit dem Konzept des individuellen Rechts
zusammen.¹⁷⁷ Danach ist zu unterscheiden zwischen der individuellen Berechti-
gung und dem daraus folgenden Rechtsmittel.

Hinsichtlich der individuellen Berechtigung ist daran anzuknüpfen, dass
nach der Rechtsprechung des EuGH solche Normen des Unionsrechts indivi-
duelle Rechte vermitteln, welche Politikziele verfolgen, die eine Individualisie-
rung der dadurch Betroffenen ermöglichen.¹⁷⁸ Kehrseite dieses Konzepts indivi-
dueller Rechte ist, dass grundsätzlich jeder „Betroffene“ auch klagebefugt ist.¹⁷⁹
Man kann in dem Merkmal der Betroffenheit eine „Qualifizierung“ sehen,¹⁸⁰
sofern damit (nur) gemeint ist, dass das Unionsrecht grundsätzlich¹⁸¹ keine Po-
pularklagen ohne Bezug des Klägers zur streitgegenständlichen Norm kennt.
Inhaltlich bedeutet der Ansatz aber eine wesentliche Ausweitung des Kreises
der Anspruchsberechtigten gegenüber den aus dem deutschen Recht bekannten
Schutzzweckerwägungen.¹⁸² Sachlich begründet der EuGH den weiten Kreis

¹⁷⁵ Siehe z.B. Art. 35a Ratingagenturen-Verordnung (Anleger und Emittenten); Art. 33
Abs. 2 Bilanzrichtlinie (das bilanzierende Unternehmen).

¹⁷⁶ EuGH, Urt. v. 11.09.2003, Rs. C-13/01, Slg. 2003, I-8679, I-8721 (Rn. 50) – *Safalero*.

¹⁷⁷ Siehe oben S. 184 ff.

¹⁷⁸ Siehe oben S. 195 f.

¹⁷⁹ In diesem Sinne etwa EuGH, Urt. v. 30.05.1991, Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567, I-2601
(Rn. 16) – *Kommission/Deutschland*; Urt. v. 30.05.1991, Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607, I-2631
(Rn. 19) – *Kommission/Deutschland*; Urt. v. 17.10.1991, Rs. C-58/89, Slg. 1991, I-4983, I-5023
(Rn. 14) – *Kommission/Deutschland*; Urt. v. 24.02.1994, Rs. C-343/92, Slg. 1994, I-571, I-602
(Rn. 42) – *Roks*.

¹⁸⁰ So *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 374.

¹⁸¹ Allerdings hat der EuGH bei einer Richtlinie, die den Schutz „Dritter“ bezweckt, die
individuelle Berechtigung von jedermann angenommen, und es dabei abgelehnt, den Kreis
der Anspruchsberechtigten durch eine schutzzweckbezogenen Auslegung einzuengen; vgl.
EuGH, Urt. v. 04.12.1997, Rs. C-97/96, Slg. 1997, I-6843, I-6864 (Rn. 19 f.) – *Daihatsu*; Be-
schl. v. 23.09.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03, Slg. 2004, I-8663, I-8678 (Rn. 33) – *Axel
Springer*.

¹⁸² *Nettesheim*, AöR 132 (2007), 333, 373. Vgl. auch BGHZ 190, 145, 150: „[Die Schädigung
indirekter Abnehmer eines Kartells] von der Schadensersatzsanktion auszunehmen, wäre mit
der Pflicht der nationalen Gerichte, dem Kartellverbot volle Wirksamkeit zu verleihen (EuGH,

der Anspruchsberechtigten mit dem Effektivitätsprinzip und (insoweit handelt es sich um eine *Petitio Principii*) dem Grundrecht auf effektiven Schutz der durch die Unionsrechtsordnung eingeräumten Rechte.¹⁸³

Steht fest, dass jemand die Verletzung einer Unionsrechtsnorm geltend machen kann, ist als nächstes zu klären, welcher Rechtsweg gegeben ist. Dies ist die Kehrseite der oben diskutierten Frage nach dem Verhältnis von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung.¹⁸⁴ Die Zuweisung eines Rechtsweges als Ausfluss der Rechtsdurchsetzungsautonomie der Mitgliedstaaten findet im Äquivalenz- und Effektivitätsgebot eine Grenze, wobei das Effektivitätsgebot erfordert, dass in solchen Rechtsgebieten, die Gegenstand einer detaillierten unionsrechtlichen Regulierung sind, privatrechtliche Schadensersatzansprüche zur Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen müssen.¹⁸⁵ In diesen Bereichen genügt es nach der Rechtsprechung des EuGH zur Begründung der Anspruchsberechtigung, dass jemand durch die Verletzung des Unionsrechts einen kausalen Schaden erleidet.¹⁸⁶ Dies gilt auch dann, wenn der Geschädigte selbst gar nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der betreffenden Vorschrift fällt¹⁸⁷ oder nur indirekt geschädigt wird.¹⁸⁸ Dabei handelt es sich keineswegs um eine Besonderheit des europäischen Wettbewerbsrechts,¹⁸⁹ vielmehr finden sich die gleichen Maßstäbe bereits im unionsrechtlichen Staatshaftungsrecht,¹⁹⁰ so dass man von einem allgemeinen Grundsatz ausgehen kann.

Soweit also dem Einzelnen aufgrund des Äquivalenz- und Effektivitätsgebots das Rechtsdurchsetzungsmittel des Schadensersatzes zur Verfügung stehen muss, gelten einheitliche Vorgaben für die Anspruchsberechtigung. Im Sinne des regulatorischen Effektivitätsgrundsatzes ist grundsätzlich anspruchsberechtigt, wer durch die Verletzung des Unionsrechts einen kausalen Schaden erlitten hat.

WuW/E EU-R 479 Rn. 23 ff. – Courage; WuW/E EU-R 1107 Rn. 58 ff. – Manfredi), nicht vereinbar“.

¹⁸³ EuGH, Urt. v. 11.07.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90, Slg. 1991, I-3757, I-3790 f. (Rn. 24) – Verholen.

¹⁸⁴ Siehe oben S. 196 ff.

¹⁸⁵ Siehe ausführlich oben S. 197.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 (Rn. 26) – Courage; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6661 (Rn. 61) – Manfredi.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 11.07.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90, Slg. 1991, I-3757, I-3790 (Rn. 23) – Verholen; Urt. v. 24.02.1994, Rs. C-343/92, Slg. 1994, I-571, I-602 (Rn. 42) – Roks.

¹⁸⁸ EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 33) – Kone.

¹⁸⁹ So aber *Havu*, European Law Journal 18 (2012), 407, 417.

¹⁹⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5415 (Rn. 40) – Francovich.

3. Verschulden

Da der Schadensersatzanspruch für die Verletzung von durch das Unionsrecht verliehenen individuellen Rechten maßgeblich ein Rechtsdurchsetzungsregime ist, kommt der Frage des Verschuldens eine erhebliche Bedeutung zu: Einerseits können Verschuldensanforderungen die effektive Durchsetzung des Unionsrechts behindern, andererseits verhindern sie möglicherweise eine Überabschreckung. Der EuGH betont vor allem die erste Sichtweise: So hat er in mehreren Urteilen ausgeführt, dass im nationalen Recht angelegte Verschuldensanforderungen gegen den Effektivitätsgrundsatz des Unionsrechts verstoßen.¹⁹¹ Dies gilt unabhängig davon, wie leicht das Verschulden im konkreten Fall nachgewiesen werden kann, wenn ein solches Verschuldenserfordernis keine ausdrückliche Grundlage im Unionsrecht findet.¹⁹² Zur Begründung weist der EuGH darauf hin, dass auch die anderen Rechtdurchsetzungsmechanismen (etwa die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts) kein Verschuldenserfordernis kennen und somit die Gleichwertigkeit des Schadensersatzes als Sanktion zur Durchsetzung des Unionsrechts infrage gestellt wäre, wenn allein dieser Durchsetzungsmechanismus erhöhte Anforderungen verlangte.¹⁹³

Lediglich in besonderen Konstellationen anerkennt der EuGH spezielle Tatbestandsvoraussetzungen des Unionsrechts (!), welche subjektive (oder genauer: fallbezogene¹⁹⁴) Elemente enthalten, so etwa das Erfordernis eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ gegen das Unionsrecht bei der Staatshaftung der Mitgliedstaaten.¹⁹⁵ Letztlich folgt der EuGH damit einem eigenen Konzept einer „objektivierten Verschuldenshaftung“,¹⁹⁶ welche Rechtswidrigkeit und Verschulden einheitlich beurteilt.¹⁹⁷

¹⁹¹ EuGH, Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941, I-3976 (Rn. 24) – Dekker; Urt. v. 22.04.1997, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195, I-2220 (Rn. 21) – Draehmpaehl; Urt. v. 30.09.2010, Rs. C-314/09, Slg. 2010, I-8769, I-8787 (Rn. 39) – Strabag. Siehe auch im Kontext der Staatshaftung von Mitgliedstaaten EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1156 (Rn. 79) – Brasserie du Pêcheur und Factortame; Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4880 (Rn. 28) – Dillenkofer.

¹⁹² EuGH, Urt. v. 22.04.1997, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195, I-2220 (Rn. 21) – Draehmpaehl.

¹⁹³ EuGH, Urt. v. 30.09.2010, Rs. C-314/09, Slg. 2010, I-8769, I-8787 (Rn. 39) – Strabag.

¹⁹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4879 (Rn. 24) – Dillenkofer.

¹⁹⁵ Zu diesem Erfordernis siehe EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1149 (Rn. 51) – Brasserie du Pêcheur und Factortame. In dem Unterlassen einer rechtzeitigen Richtlinienumsetzung liegt stets ein solcher „qualifizierter Verstoß“; EuGH, Urt. v. 08.10.1996, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg. 1996, I-4845, I-4880 (Rn. 26) – Dillenkofer.

¹⁹⁶ Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts (2003), S. 154–159, 343.

¹⁹⁷ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88, Slg. 1990, I-3941, I-3976 (Rn. 24 f.) – Dekker, wo der EuGH „Verschulden“ und „Rechtfertigungsgründe“ nahezu synonym verwendet.

Demgegenüber setzt der europäische Gesetzgeber Verschuldenserfordernisse neustens auch zum Schutz vor Überabschreckung ein. So greift die im Jahr 2013 eingeführte Haftung von Ratingagenturen gemäß Art. 35a Abs. 1 Ratingagenturen-Verordnung erst ab grober Fahrlässigkeit. Die Erwägungsgründe begründen diesen Haftungsmaßstab einerseits mit der Schwierigkeit, die Richtigkeit eines Ratings einzuschätzen, andererseits damit, dass eine „potenziell unbegrenzte[\n] Haftung“ erst ab diesem Verschuldensmaßstab angemessen sei.¹⁹⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die unionsrechtliche Schadensersatzhaftung grundsätzlich aus Gründen der effektiven Durchsetzung des Unionsrechts als objektive Haftung konzipiert ist. Der Einsatz besonderer Verschuldenserfordernisse als Schutz vor Überabschreckung ist dagegen nur dort anzuerkennen, wo dies durch den Unionsrechtsgeber ausdrücklich angeordnet ist.¹⁹⁹ Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass das Unionsrecht selbst auf eine wirksame Durchsetzung durch die Mitgliedstaaten angewiesen ist, wobei der EuGH explizit die Gefahr hervorhebt, dass die komplizierte Feststellung eines Verschuldens zu einer Prozessverschleppung führen könnte.²⁰⁰

4. Kausalität

Im Bereich des Kausalzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden hat der EuGH nur wenige konkrete Vorgaben aufgestellt.²⁰¹ Nach der Rechtsprechung zur Haftung der Union obliegt grundsätzlich dem Kläger der Beweis der Kausalität.²⁰² Erforderlich ist in diesem Bereich zudem ein „unmittelbarer“ bzw. „direkter“ kausaler Zusammenhang.²⁰³ Bei der Haftung für Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht lässt der EuGH dagegen die einfache Kausalität genügen.²⁰⁴ Im Konkreten ist es nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich Aufgabe des nationalen Rechts, die Anforderungen an die Kausalität festzulegen,

¹⁹⁸ Siehe Erwägungsgrund 33 zur Verordnung (EU) Nr. 462/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1060/2009 über Ratingagenturen, ABl. EU L 146, S. 1.

¹⁹⁹ Der Gedanke eines Schutzes vor Überabschreckung ist im unionsrechtlichen Haftungsrecht nicht verankert; vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 30.01.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 68) – Kone („reichlich kurios“).

²⁰⁰ EuGH, Urt. v. 30.09.2010, Rs. C-314/09, Slg. 2010, I-8769, I-8788 (Rn. 42) – Strabag.

²⁰¹ Überblick bei *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts (2003), S. 176–181.

²⁰² EuGH, Urt. v. 21.05.1976, Rs. 26/74, Slg. 1976, 677, 688 (Rn. 21/24) – Roquette frères.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 04.10.1979, verb. Rs. 64 und 113/76, 167 und 239/78, 27, 28 und 45/79, Slg. 1979, 3091, 3117 (Rn. 21) – Dumortier frères; Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1152 (Rn. 65) – Brasserie du Pêcheur und Factortame.

²⁰⁴ Ausdrücklich nun EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 33) – Kone. Zu- vor auch schon EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6323 (Rn. 26) – Courage; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6661 (Rn. 61) – Manfredi.

wobei der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind.²⁰⁵ Dabei ist der Effektivitätsgrundsatz jedenfalls dann verletzt, wenn eine einfache Kausalkette nicht genügt, sondern das nationale Recht qualifizierende Anforderungen wie einen „unmittelbaren Kausalzusammenhang“ verlangt.²⁰⁶

Die Zurückhaltung des EuGH, konkrete Anforderungen an die Kausalität festzulegen, mag man vordergründig damit erklären, dass die Einzelheiten des Kausalzusammenhangs die tatsächliche und nicht die rechtliche Seite des Falles betreffen.²⁰⁷ Letztlich bleibt diese Erklärung aber unbefriedigend, weil die Anforderungen an den Kausalzusammenhang und seinen Beweis wesentlich darüber entscheiden, welche Schlagkraft die Schadensersatzsanktion entwickelt.²⁰⁸

5. Schadensberechnung

Dagegen hat sich der EuGH ausführlich mit der Berechnung des bei Verletzung unionsrechtlich begründeter individueller Rechte zu gewährenden Schadensersatzes auseinandergesetzt. Im Ausgangspunkt richtet sich dieser aufgrund der Rechtsdurchsetzungsautonomie nach dem Recht der Mitgliedstaaten, wobei das Äquivalenz- und das Effektivitätsgebot zu beachten sind.²⁰⁹

In Anwendung dieser Grundsätze hat es der EuGH als einen Verstoß gegen das Äquivalenzgebot angesehen, den Schadensersatz für die Verletzung unionsrechtlich verliehener individueller Rechte auf einen Gesamtbetrag für alle potentiell von einer spezifischen Verletzung Betroffenen zu begrenzen, wenn eine solche Haftungshöchstgrenze dem nationalen Recht ansonsten unbekannt ist.²¹⁰ Außerdem verlangt der Äquivalenzgrundsatz, dass bei Verletzung von Unionsrecht Strafschadensersatz zugesprochen wird, sofern solcher im betreffenden nationalen Recht anerkannt ist,²¹¹ wobei die nationalen Gerichte sicherstellen dürfen, dass der Anspruchsteller nicht ungerechtfertigt bereichert wird.²¹²

²⁰⁵ EuGH, Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6661 f. (Rn. 64) – Manfredi; Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 24) – Kone.

²⁰⁶ EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 33) – Kone.

²⁰⁷ So Reich, CMLR 44 (2007), 705, 728.

²⁰⁸ So nun auch EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 33) – Kone.

²⁰⁹ EuGH, Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6669 (Rn. 92) – Manfredi; Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-174/12, n. n. v. (Rn. 40) – Hirman; siehe auch EuGH, Urt. v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, I-5415 f. (Rn. 42 f.) – Francovich.

²¹⁰ EuGH, Urt. v. 22.04.1997, Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2195, I-2225 (Rn. 41–43) – Draehmpaehl.

²¹¹ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1158 (Rn. 90) – Brasserie du Pêcheur und Factortame; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6670 (Rn. 93) – Manfredi. Siehe auch EuGH, Urt. v. 05.06.2014, Rs. C-557/12, n. n. v. (Rn. 35) – Kone, wonach nicht bereits deshalb ein Strafschadensersatz vorliegt, weil dem ersatzfähigen Schaden keine entsprechende Bereicherung des Schädigers gegenüber steht.

²¹² EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-453/99, Slg. 2001, I-6297, I-6324 (Rn. 30) – Courage.

Aus dem Effektivitätsgebot hat der EuGH abgeleitet, dass der Ersatzanspruch den vollen Schaden umfassen muss. Daher darf der Anspruch nicht auf die Verletzung bestimmter Rechtsgüter beschränkt werden, sondern umfasst auch Vermögensschäden (*damnum emergens*) sowie den entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*).²¹³ In solchen Bereichen, in denen – wie im Reiserecht – immaterielle Schäden eine wesentliche Rolle spielen, erfordert das Effektivitätsprinzip, dass diese ersatzfähig sein müssen.²¹⁴ Zudem verlange das Effektivitätsprinzip, dass der Schadensersatzanspruch ab der Verletzungshandlung verzinst wird.²¹⁵

Sofern diese Rahmenvorgaben beachtet werden, können die Mitgliedstaaten den Umfang des Schadensersatzes aber frei bestimmen.²¹⁶

IV. Grundfreiheiten und Regulierung mittels Privatrecht

Während bislang die Frage behandelt wurde, inwieweit das Unionsrecht im Sinne einer positiven Integration den regulatorischen Einsatz von Privatrecht verlangt, sollen im Folgenden die aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten folgenden Grenzen (nationaler²¹⁷) Regulierung mittels Privatrecht erkundet werden (negative Integration).²¹⁸

Die unionsrechtlichen Grundfreiheiten – das sind die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34–37 AEUV, die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45–48 AEUV, die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49–55 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56–62 AEUV und die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63–66 AEUV – dienen der Verwirklichung des Binnenmarktes.²¹⁹ Daneben tritt die unionsbürgerliche Freizügigkeit gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV verbunden mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV.²²⁰ Da die Frage, wie sich die Grundfreiheiten auf das Privatrecht auswirken, nicht

²¹³ EuGH, Urt. v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, I-1157 (Rn. 86 f.) – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; Urt. v. 08.03.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98, Slg. 2001, I-1727, I-1787 (Rn. 91) – *Metallgesellschaft und Hoechst*; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6670 (Rn. 95) – *Manfredi*.

²¹⁴ EuGH, Urt. v. 12.03.2002, Rs. C-168/00, Slg. 2002, I-2631, I-2661 (Rn. 22–24) – *Leitner*.

²¹⁵ EuGH, Urt. v. 02.08.1993, Rs. C-271/91, Slg. 1993, I-4367, I-4409 (Rn. 31) – *Marshall II*; Urt. v. 13.07.2006, verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Slg. 2006, I-6619, I-6671 (Rn. 97) – *Manfredi*.

²¹⁶ EuGH, Urt. v. 19.12.2013, Rs. C-174/12, n. n. v. (Rn. 69) – *Hirrmann*.

²¹⁷ Die Grundfreiheiten gelten zwar auch für den Unionsrechtsgeber beim Erlass von Sekundärrecht, insoweit spielen sie aber praktisch nur eine geringe Rolle; vgl. *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*⁴ (2011), Art. 34–36 AEUV Rn. 109 f. m. w. N.

²¹⁸ Zur Abgrenzung von negativer und positiver Integration siehe oben S. 175 f.

²¹⁹ EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, I-5712 f. (Rn. 52–56) – *Schmidberger*; *Craig/de Búrca, EU Law*⁶ (2015), S. 608; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*⁴ (2011), Art. 34–36 AEUV Rn. 2; *Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union* (Stand: 56. EL., 2015), Art. 34 AEUV Rn. 13.

²²⁰ Zur Rechtfertigung der Einbeziehung von Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot sogleich S. 209.

nur den Rahmen dieser Studie sprengen würde, sondern auch bereits vielfach behandelt wurde,²²¹ beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die speziellen Anforderungen an regulierende Normen des nationalen Privatrechts.

Dazu ist zunächst auf den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzugehen und zu begründen, weshalb das regulatorische Privatrecht überhaupt anhand der Grundfreiheiten zu messen ist, auch soweit es sich um dispositive Regelungen handelt (dazu unter 1.). Sodann sollen die Implikationen der Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote für das regulatorische Privatrecht untersucht (dazu unter 2.) und auf die Wirkung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote eingegangen werden (dazu unter 3.). Abschließend wird die Drittwirkung der Grundfreiheiten in den Blick genommen, also die Frage, inwieweit die Grundfreiheiten selbst als Bestandteil des regulatorischen Privatrechts betrachtet werden müssen (dazu unter 4.).

1. Grundfreiheiten als Maßstab für regulatorisches Privatrecht

Um in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten zu gelangen, ist grundsätzlich ein grenzüberschreitender Bezug erforderlich.²²² Der dadurch bewirkte Ausschluss „rein innerstaatlicher Sachverhalte“ darf aber nicht überbewertet werden. In der Praxis bildet lediglich die Inländerdiskriminierung eine Bereichsausnahme von der Grundfreiheitenprüfung. Soweit die Grundfreiheiten dagegen als Beschränkungsverbote zum Einsatz kommen, genügt nach der *Dassonville*-Formel bereits eine „mittelbare“ oder „potentielle“ Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs,²²³ so dass der Anwendungsbereich bereits eröffnet ist, wenn eine generell-abstrakte Norm potentiell auch einen Ausländer erfassen könnte.²²⁴

²²¹ Siehe z.B. *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424 ff.; *Davies*, in: *Leczykiewicz/Weatherill* (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships* (2013), S. 53 ff.; *Hartkamp*, ERPL 18 (2010), 527 ff.; *Krenn*, CMLR 49 (2012), 177 ff.; *W.-H. Roth*, EWS 2013, 16 ff.; *Schepel*, *European Law Journal* 18 (2012), 177 ff. Monographisch *Franzen*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft* (1999), S. 118–216; *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht* (2004); *Perner*, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht* (2013); *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages* (2003).

²²² Aus der Rechtsprechung des EuGH siehe z.B. EuGH, Urt. v. 14.12.1982, verb. Rs. 314/81, 315/81, 316/81 und 83/82, Slg. 1982, 4337, 4360 (Rn. 11 f.) – *Waterkeyn* (zur Warenverkehrsfreiheit); Urt. v. 18.03.1980, Rs. 52/79, Slg. 1980, 833, 855 (Rn. 9) – *Debauve* (zur Dienstleistungsfreiheit); siehe auch *Craig/de Búrca*, *EU Law*⁶ (2015), S. 824; *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht* (2004), S. 63 f.; *Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union* (Stand: 56. EL., 2015), Art. 34 AEUV Rn. 33; *Möslein*, *Dispositives Recht* (2011), S. 400; *Riesenhuber*, *EU-Vertragsrecht* (2013), S. 31; a. *A. Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*⁴ (2011), Art. 34–36 AEUV Rn. 16, der aber durch die Beschränkung der Grundfreiheiten auf ihre Funktion als Diskriminierungsverbote (vgl. ebd., Rn. 69–73) praktisch zum gleichen Ergebnis gelangt.

²²³ EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, 852 (Rn. 5) – *Dassonville*.

²²⁴ Eine solche Norm wird allerdings nur dann Gegenstand einer EuGH-Entscheidung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV werden, wenn das Ausgangsverfahren einen grenzüberschreitenden Sachverhalt betrifft. Auch ohne konkreten grenzüber-

Wegen des engen Sachzusammenhangs wird das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV hier zum Bereich der Grundfreiheiten gezählt. Das allgemeine Diskriminierungsverbot ist eng mit dem unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV verbunden. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Unionsbürgerstatus der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten, „der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen“.²²⁵ Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot gleichen in ihrer Struktur den Grundfreiheiten, indem sie sich – anders als etwa die Unionsgrundrechte (vgl. Art. 51 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta) – primär gegen die Mitgliedstaaten richten und der europäischen Integration als „Grundfreiheit ohne Markt“²²⁶ dienen. Allerdings ist das allgemeine Diskriminierungsverbot schon nach dem Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 AEUV subsidiär zu den Grundfreiheiten und auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht tritt nach der Rechtsprechung des EuGH hinter den spezielleren Grundfreiheiten, insbesondere der Arbeitnehmerfreizügigkeit, zurück.²²⁷

Vielfach wird vertreten, dass nur solche Vorschriften des nationalen Rechts am Maßstab der Grundfreiheiten zu prüfen seien, die einen Markt- oder Wirtschaftsbezug aufweisen.²²⁸ Zur Begründung wird zumeist auf die *Johannes*-Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 1999 verwiesen, in der dieser es ablehnte, die Regelungen zum scheidungsrechtlichen Versorgungsausgleich (§§ 1587 ff. BGB a. F.) am Maßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbots (!) gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV [ex-Art. 6 EGV] zu messen.²²⁹ Im Ergebnis ist eine solche Einschränkung aber nicht anzuerkennen. Zunächst ist die EuGH-Entscheidung den spezifischen Voraussetzungen von Art. 18 Abs. 1 AEUV geschuldet, der Diskriminierungen nur im Anwendungsbereich der Verträge verbietet. Demgegenüber

schreitenden Fall besteht aber stets die Möglichkeit, dass die Kommission die Norm im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 AEUV angreift. Stellt der EuGH in einem solchen Verfahren die rechtswidrige Beschränkung einer Grundfreiheit fest, kann der Mitgliedstaat theoretisch die Bestimmung für rein innerstaatliche Sachverhalte aufrechterhalten, indem er sie zum Gegenstand einer ausdrücklich inländerdiskriminierenden Regelung macht; praktisch wird es aber meistens zur Aufhebung der Norm kommen.

²²⁵ EuGH, Urt. v. 20.09.2001, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193, I-6242 (Rn. 31) – Grzelczyk. Allerdings kann das allgemeine Diskriminierungsverbot durch Sekundärrechtsakte konkretisiert werden, so dass etwa Mitgliedstaaten nicht erwerbstätige Unionsbürger von Sozialleistungen ausschließen dürfen; vgl. EuGH, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13, n. n. v. (Rn. 60) – Dano.

²²⁶ Grundlegend *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (2007), S. 373–375 und passim.

²²⁷ Siehe nur EuGH, Urt. v. 26.11.2002, Rs. C-100/01, Slg. 2002, I-10981, I-11011 (Rn. 26) – Olazabal.

²²⁸ *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 439; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 74–79; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 400 f.

²²⁹ Zur Begründung führte der EuGH aus, dass der Versorgungsausgleich nicht in den Anwendungsbereich des damaligen EGV fiel; EuGH, Urt. v. 10.06.1999, Rs. C-430/97, Slg. 1999, I-3475, I-3495 (Rn. 27) – Johannes.

hat der EuGH im Bereich der Grundfreiheiten allein die faktische Beeinträchtigung der Ausübung einer Grundfreiheit für ausreichend erachtet, ungeachtet der Frage, welchen Bezug die betreffende Norm zum Unionsrecht hat.²³⁰ Zudem darf bezweifelt werden, dass die – ohne Nachfolge gebliebene – *Johannes*-Entscheidung noch dem Stand des Unionsrechts entspricht. Im Bereich des allgemeinen Diskriminierungsverbots orientiert sich der EuGH grundsätzlich am „gegenwärtigen Stand des [Unions]rechts“.²³¹ So genügt es nach neuerer Rechtsprechung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des allgemeinen Diskriminierungsverbots, dass sich ein Unionsbürger in Ausübung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat aufhält.²³² Die Mitgliedstaaten haben nach der neueren Rechtsprechung des EuGH in diesen Fällen auch bei der Regelung von Gegenständen, für die keine Unionsrechtskompetenz besteht, das Unionsrecht zu beachten.²³³

Damit scheint eine nahezu unbegrenzte Kontrolle des gesamten nationalen Privatrechts nahezuliegen.²³⁴ Dafür sprechen auf den ersten Blick auch die grundlegenden Prinzipien der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verträge und des Vorrangs der Unionsrechtsordnung.²³⁵ Bereits aufgrund des funktionalen Ansatzes des Unionsrechts, das nicht zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht unterscheidet,²³⁶ erscheint es nahezu zwingend, dass im Bereich der Grundfreiheiten keine generelle Bereichsausnahme für das Privatrecht gelten kann.²³⁷ Allerdings

²³⁰ So etwa die Beeinträchtigung der Freiheit des Ehemanns, innerhalb der EU Dienstleistungen zu erbringen, durch nationale Regelungen, die eine Abschiebung seiner Ehefrau auf die Philippinen erlaubten; vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.2002, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279, I-6320 (Rn. 38) – *Carpenter*: „In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber erkannt hat, welche Bedeutung es hat, den Schutz des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, um die Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu beseitigen...“.

²³¹ Siehe z. B. zur Ausbildungsförderung für Studenten zunächst EuGH, Urt. v. 21.06.1988, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161, 3195 (Rn. 15) – *Lair*; Urt. v. 21.06.1988, Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205, 3243 (Rn. 18) – *Brown* und sodann EuGH, Urt. v. 15.05.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119, I-2165 f. (Rn. 38–42) – *Bidar*.

²³² EuGH, Urt. v. 15.05.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119, I-2164 (Rn. 33) – *Bidar*; siehe auch EuGH, Urt. v. 16.01.2003, Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721 – *Kommission/Italien* (zum Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsgebot, indem vergünstigte Museumseintritte für über 60-Jährige nur den eigenen Staatsangehörigen gewährt werden).

²³³ EuGH, Urt. v. 02.10.2003, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613, I-11645 (Rn. 25) – *Garcia Avello* (zum Namensrecht). Vgl. auch EuGH, Urt. v. 02.02.1989, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195, 221 f. (Rn. 19) – *Cowan* (zur strafrechtlichen Opferentschädigung).

²³⁴ Dafür insbesondere *v. Wilmsowsky*, JZ 1996, 590, 596 (für das Vertragsrecht); mit negativer Konnotation *Steindorff*, JZ 1994, 95, 97, der vor der Gefahr einer „[unions]rechtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle über alles Zivilrecht“ warnt; ähnlich *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 33.

²³⁵ Siehe dazu bereits oben S. 180 ff.

²³⁶ Siehe bereits oben S. 187 f. und S. 193.

²³⁷ Ausdrücklich EuGH, Urt. v. 01.07.1993, Rs. C-20/92, Slg. 1993, I-3777, I-3795 (Rn. 19 f.) – *Hubbard*: „Hierzu ist daran zu erinnern, daß die Geltung des Gemeinschaftsrechts [...] nicht davon abhängen kann, auf welchem Gebiet des innerstaatlichen Rechts es seine Wirkungen zeitigt. [...] Daher ist auf diese Frage zu antworten, daß der Umstand, daß der Ausgangs-

nimmt der EuGH bei der Anwendung der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote erhebliche Einschränkungen vor, so dass es im Ergebnis nicht zu einer Kontrolle des gesamten Privatrechts kommt (siehe sogleich ausführlich S. 214 ff.).

Darüber hinaus vertritt aber die wohl h.M. im deutschen Schrifttum, dass Normen des dispositiven Privatrechts generell einer Überprüfung am Maßstab der Grundfreiheiten entzogen seien,²³⁸ wobei teilweise dafür eingetreten wird, bei diskriminierenden Normen des dispositiven Rechts doch einen Verstoß zu bejahen.²³⁹ Außerdem wird die Ansicht vertreten, die Möglichkeit, einer Privatrechtsnorm durch eine kollisionsrechtliche Rechtswahl zu entgehen, entziehe diese einer grundfreiheitlichen Kontrolle.²⁴⁰ Jedenfalls soweit es sich um regulatorisches Privatrecht handelt, vermögen diese Auffassungen nicht zu überzeugen.²⁴¹ Regulatorisches Privatrecht zeichnet sich gerade dadurch aus, dass der Gesetzgeber damit politische Ziele implementieren möchte, wobei oben ausführlich begründet wurde, dass auch dispositives Privatrecht als Regulierungsinstrument eingesetzt werden kann.²⁴² In diesem Sinne hat der EuGH entschieden, dass

rechtsstreit dem Erbrecht zuzuordnen ist, die Anwendung des im Gemeinschaftsrecht verankerten Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr gegenüber einer in Ausübung ihres Berufs handelnden Person, die mit der Angelegenheit betraut ist, nicht ausschließen kann.“ So auch die ganz h.M.; siehe z.B. *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 434–436; *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht³ (2013), S. 69, 98; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 29; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 180; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013), S. 35; einschränkend aber z.B. *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 77 f., 81 (Abwägung zwischen der Funktionsfähigkeit der nationalen Privatrechtsordnungen und der Beeinträchtigung des Handels erforderlich).

²³⁸ *Basedow*, in: FS Mestmäcker (1996), S. 347, 354; *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht³ (2013), S. 69, 112–115; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 411–415; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013), S. 36; a.A. *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 70; *Hesselink*, ERCL 1 (2005), 44, 75 f.; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 78 f.; v. *Wilmowsky*, JZ 1996, 590, 595 f.; differenzierend *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 446 f.; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 403 f.

²³⁹ *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 100 f., 103.

²⁴⁰ Für dieses Argument wird das Urteil EuGH, Urt. v. 24.01.1991, Rs. C-339/89, Slg. 1991, I-107, I-124 (Rn. 15) – Alsthom Atlantique angeführt, wo der EuGH in einem obiter dictum ausgeführt hat, es stehe den Parteien eines internationalen Kaufvertrags frei, die unliebsamen Regelungen des (im Fall französischen) Privatrechts durch eine Rechtswahl abzubedingen. Gestützt auf diese Aussage wollen *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 417 f.; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 186–189; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013), S. 37; *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 105 international dispositives Recht einer Kontrolle anhand der Grundfreiheiten entziehen; a.A. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 145; *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht³ (2013), S. 69, 115 f.; *Müllbert*, ZHR 159 (1995), 2, 10; v. *Wilmowsky*, JZ 1996, 590, 595; differenzierend *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 448 („Abwägungelement“); *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 402 f.

²⁴¹ Zur Unterscheidung von „[e]rmöglichende[n] und regulierende[n] Aufgaben des Zivilrechts“ in diesem Zusammenhang auch v. *Wilmowsky*, JZ 1996, 590, 591–593.

²⁴² Siehe oben S. 87 ff.

die theoretische Möglichkeit, die den Handel erschwerenden Regelungen abzubedingen, jedenfalls dann unerheblich ist, wenn in der Praxis davon regelmäßig kein Gebrauch gemacht wird.²⁴³ Verfolgt der Gesetzgeber mittels dispositiven Privatrechts das Ziel, Angehörige anderer Mitgliedstaaten zu diskriminieren oder ihnen den Marktzutritt zu erschweren, liegt – sofern nicht ausnahmsweise einmal die dispositive Norm, entweder wegen ihres Inhalts oder der Leichtigkeit der Disposition,²⁴⁴ praktisch derart ungeeignet zur Erreichung des Regulierungsziels ist, dass ein Steuerungseffekt ausgeschlossen werden kann – zumindest eine „potentielle“ Behinderung im Sinne der *Dassonville*-Formel vor. Zusätzlich kann dispositives Privatrecht in den Fokus der Grundfreiheiten geraten, wenn es im Wege einer AGB-Kontrolle gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB zum Maßstab einer regulierenden Inhaltskontrolle gemacht wird.²⁴⁵

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass das nationale regulatorische Privatrecht in weitem Umfang einer Kontrolle anhand der unionsrechtlichen Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots unterliegt. Im Einzelnen ist allerdings zwischen Normen des regulatorischen Privatrechts zu unterscheiden, die auf eine Diskriminierung abzielen, und solchen, die lediglich den grenzüberschreitenden Handel erschweren.

2. Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts

In ihrem Kerngehalt verbieten die unionsrechtlichen Grundfreiheiten dem nationalen Gesetzgeber, Angehörige anderer Mitgliedstaaten direkt oder indirekt zu diskriminieren. Dies gilt auch für Diskriminierungen mittels (regulatorischen) Privatrechts.

Direkte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit kommen im (regulatorischen) Privatrecht nur selten vor. Ein Beispiel ist die fremdenrechtliche Regelung des § 125 UrhG, die bis 1995 auch gegenüber EU-Ausländern galt.²⁴⁶ Danach ist der Umfang der Schutzrechte ausübender Künstler von der Staatsangehörigkeit abhängig; Schutz vor inländischer Verwertung von im Ausland illegal hergestellten Aufnahmen wird nur im Falle der Gegenseitigkeit gewährt. Regulatorisches Ziel ist es, durch die gezielte Benachteiligung von Ausländern im Privat-

²⁴³ EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11, n. n. v. (Rn. 30) – Fra.bo.

²⁴⁴ Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn die Rechtsprechung annimmt, dass eine Regelung grundsätzlich als „stillschweigend abbedungen“ gilt; für ein Beispiel siehe BGHZ 127, 378, 385 (zur grundsätzlichen Abbedingung von § 334 BGB bei Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter).

²⁴⁵ Der Hinweis von *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 415, in diesem Fall sei nicht die dispositive Norm selbst auf dem Prüfstand der Grundfreiheiten, sondern die die AGB-Kontrolle anordnende Regelung, ist zwar formal richtig, in der Sache ist es aber eben die Wertung des dispositiven Rechts, welche die (Un-)Zulässigkeit der AGB determiniert.

²⁴⁶ Siehe nunmehr § 125 Abs. 1 S. 1 UrhG i. V. m. § 120 Abs. 2 Nr. 2 UrhG, der Angehörige von EU- und EWR-Mitgliedstaaten deutschen Staatsangehörigen gleichstellt.

recht deren Staaten dazu zu bewegen, ihrerseits deutschen Künstlern entsprechenden Schutz zu gewähren.²⁴⁷ Der EuGH sah in der Vorschrift, soweit sie in ihrer alten Fassung auch Angehörige anderer Mitgliedstaaten betraf, einen Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 7 Abs. 1 EWG) und verwarf die Rechtfertigung, dass mittels der Regelung die anderen Mitgliedstaaten zum Beitritt zu internationalen Abkommen bewegt werden sollten.²⁴⁸ Des Weiteren entschied der EuGH in einer Reihe von Fällen, dass die Benachteiligung ausländischer Staatsangehöriger im Zivilprozessrecht durch das Erfordernis einer besonderen Prozesskostensicherheit, die nicht nur dem Schutz der Gegenpartei, sondern auch des Staates vor einer Uneinbringlichkeit der Prozesskosten dient, gegen die Grundfreiheiten bzw. das allgemeine Diskriminierungsverbot verstößt.²⁴⁹

Eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kommt in Betracht, wenn eine Norm des geschriebenen oder richterrechtlichen²⁵⁰ regulatorischen Privatrechts an die Erfüllung inländischer Verhaltens- oder Produktstandards anknüpft. So stellte es etwa eine indirekte Diskriminierung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit dar, wenn ein kaufrechtlicher Mangel allein deshalb angenommen wird, weil die Kaufsache DIN-Normen oder anderen inländischen Produktnormen nicht entspricht.²⁵¹ Ausländische Anbieter werden solche Standards regelmäßig nicht erfüllen können bzw. wollen und sind deshalb benachteiligt.²⁵²

²⁴⁷ Ausdrücklich BVerfGE 81, 208, 223 f.: „Die kollisionsrechtlichen Regelungen der §§ 121 und 125 UrhG verfolgen daher das Ziel, andere Staaten zu beeinflussen, internationalen Verträgen beizutreten oder zumindest Gegenseitigkeitsabkommen abzuschließen, welche deutschen Anspruchstellern im Ausland einen erhöhten Schutz gewähren [...]. Das hierzu gewählte Mittel einer gezielten Benachteiligung von Angehörigen bislang ‚unentschlossener‘ Staaten entspricht einem allgemeinen Völkerrechtssatz.“ Nach ganz h.M. handelt es sich allerdings nicht um eine kollisionsrechtliche Regelung, sondern um „Fremdenrecht“; *Braun/v. Welser*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht⁴ (2014), § 125 UrhG Rn. 1; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG⁵ (2015), § 125 Rn. 1. Fremdenrecht ist nicht Teil des Kollisionsrechts, sondern trifft als Teil des Sachrechts besondere Regelungen nur für Ausländer; *Sonnenberger*, in: MünchKomm. BGB⁵ (2010), Einl. IPR Rn. 372 (nicht mehr in der 6. Aufl.).

²⁴⁸ EuGH, Urt. v. 20.10.1993, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145, 5181 (Rn. 31) – Phil Collins.

²⁴⁹ EuGH, Urt. v. 01.07.1993, Rs. C-20/92, Slg. 1993, I-3777, I-3793 f. (Rn. 9–15) – Hubbard; Urt. v. 10.02.1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994, I-467, I-478–I-481 (Rn. 9–22) – Mund & Fester; Urt. v. 26.09.1996, Rs. C-43/95, Slg. 1996, I-4661, I-4676 f. (Rn. 16–22) – Data Delecta; Urt. v. 20.03.1997, Rs. C-323/95, Slg. 1997, I-1711, I-1724–I-1726 (Rn. 18–25) – Hayes. Kritisch dazu *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 443. In der Folge dieser Rechtsprechung wurde § 110 ZPO unionsrechtskonform reformiert.

²⁵⁰ Die Grundfreiheitenprüfung erstreckt sich grundsätzlich auch auf zivilgerichtliche Urteile; vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 13.10.1993, Rs. C-93/92, Slg. 1993, I-5009, I-5020 f. (Rn. 7) – CMC Motorradcenter (zur richterrechtlich begründeten Aufklärungspflicht aus culpa in contrahendo).

²⁵¹ Vgl. OLG München NJW-RR 1992, 1523, 1524, wonach die Nichteinhaltung von DIN-Normen oder VDE-Bestimmungen zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich der Mangelhaftigkeit der Sache führt.

²⁵² Vgl. auch EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11, n.n.v. (Rn. 27–30) – Fra.bo.

3. Grundfreiheitliche Beschränkungsverbote als Grenzen regulatorischen Privatrechts

Weitaus wichtiger für das regulatorische Privatrecht ist aber die Funktion der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH enthalten die Grundfreiheiten nicht nur ein Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung, sondern erfassen darüber hinaus auch alle Regelungen der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, den wirtschaftlichen Verkehr innerhalb der Union „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“. ²⁵³ Derartige Regelungen sind nur dann zulässig, wenn sie ausnahmsweise durch „zwingende Erfordernisse“ des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können. ²⁵⁴ Allerdings hat der EuGH im *Keck*-Urteil ausgesprochen, dass nicht diskriminierende „Verkaufsmodalitäten“ grundsätzlich keine Beschränkung bewirken. ²⁵⁵ Rechtfertigungsbedürftig sind demnach nur solche Regelungen, „die, obwohl sie unterschiedslos anwendbar sind, den Marktzugang von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten betreffen“, ²⁵⁶ während solche Vorschriften, die – wie die Verkaufsmodalitäten – lediglich die Marktteilnahme regeln, nicht vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst sind. ²⁵⁷ Beschränkende Marktzugangsregeln können sich einerseits im nationalen regulatorischen Privatrecht finden, andererseits stellt sich die Frage, inwieweit ausländisches regulatorisches Privatrecht aufgrund des Marktzugangsbeschränkungsverbots anerkannt werden muss.

²⁵³ Diese Formel wurde zunächst für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt; vgl. EuGH, Urt. v. 11.07.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, 852 (Rn. 5) – *Dassonville*. Sie gilt aber auch für die anderen Grundfreiheiten; vgl. EuGH, Urt. v. 31.03.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993, I-1663, I-1697 (Rn. 32) – *Kraus*; Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, I-4197 f. (Rn. 37) – *Gebhard*. Kritisch dazu z.B. *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 428–430; *Mülbert*, ZHR 159 (1995), 2, 31 f.

²⁵⁴ So genanntes *Cassis de Dijon*-Urteil: EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 (Rn. 8) – *Rewe-Zentral*.

²⁵⁵ EuGH, Urt. v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097, I-6131 (Rn. 16 f.) – *Keck und Mithouard*.

²⁵⁶ EuGH, Urt. v. 29.03.2011 – Rs. C-565/08, Slg. 2011, I-2101, I-2128 (Rn. 46) – *Kommission/Italien*.

²⁵⁷ Ganz h. M.; siehe z. B. *Ackermann*, RIW 1994, 189, 193 f.; *Herresthal*, in: *Langenbucher* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*³ (2013), S. 69, 104; *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht* (2004), S. 190; *Riesenhuber*, *EU-Vertragsrecht* (2013), S. 32 f.; siehe auch *Leible/T. Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union* (Stand: 56. EL., 2015), Art. 34 AEUV Rn. 86 f.; anders *Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht* (1996), S. 97, 104, der das Abstellen auf den Marktzugang als „Begriffsjurisprudenz“ bezeichnet und stattdessen danach differenzieren möchte, ob eine Vertriebsgestaltung „für den Binnenmarkt so wichtig [ist], daß ihre Beschränkung durch nationale Normen nicht der Kontrolle der Grundfreiheiten entzogen werden darf“.

a. Regulatorisches Privatrecht als verbotene Marktzugangsbeschränkung

Eine Vorschrift des nationalen regulatorischen Privatrechts verstößt dann gegen grundfreiheitliche Beschränkungsverbote, wenn sie geeignet ist, ausländischen Marktteilnehmern den Marktzugang zu erschweren, und nicht im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann.

Teilweise wird versucht, privatrechtliche Normen von einer Überprüfung anhand der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote mit dem Argument auszunehmen, dass dadurch bewirkte mögliche negative Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr nicht hinreichend wahrscheinlich seien.²⁵⁸ Richtig daran ist, dass der EuGH in mehreren Urteilen eine Beschränkung abgelehnt hat, wenn er die Wirkung einer Norm als „zu ungewiss und mittelbar“ angesehen hat.²⁵⁹ Es erscheint aber vorschnell, im Umkehrschluss anzunehmen, dass die meisten Privatrechtsnormen „ambivalente Auswirkungen“ auf den Wirtschaftsverkehr hätten und deshalb keine Beschränkung darstellen könnten.²⁶⁰ Eine solche Einschränkung mag für das in dieser Studie als „interessenausgleichend“ bezeichnete Privatrecht zutreffen, weil dieses ausschließlich versucht, einen am hypothetischen Parteiwillen orientierten typisierten Interessenausgleich herzustellen, und deshalb seiner Struktur nach nicht darauf abzielt, in Grundfreiheiten einzugreifen.²⁶¹ Dagegen zeichnet sich regulatorisches Privatrecht gerade dadurch aus, dass der Gesetzgeber damit politische Steuerungsziele verfolgt. Bezweckt der Gesetzgeber, mittels regulatorischen Privatrechts den Zugang zu bestimmten Waren oder Dienstleistungen zu erschweren, ist der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten eröffnet.

Normen des regulatorischen Privatrechts, die den Marktzugang in diesem Sinne erschweren, sind insbesondere solche, die Verträge über bestimmte Gegenstände gänzlich verbieten (z.B. §§ 134, 138 BGB, § 37g Abs. 2 WpHG), die Wirksamkeit von einer staatlichen Genehmigung abhängig machen (z.B. § 763 S. 1 BGB, § 2 GrdstVG) oder dazu führen, dass der Anspruch auf die Leistung (z.B. § 1 S. 1 ProstG) oder Gegenleistung (z.B. §§ 656, 762, 763 S. 2 BGB²⁶²) nicht

²⁵⁸ So insbesondere *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 409 f.

²⁵⁹ EuGH, Urt. v. 07.03.1990, Rs. C-69/88, Slg. 1990, I-583, I-597 (Rn. 11) – Krantz; Urt. v. 13.10.1993, Rs. C-93/92, Slg. 1993, I-5009, I-5021 (Rn. 11 f.) – CMC Motorradcenter; Urt. v. 21.09.1999, Rs. C-44/98, Slg. 1999, I-6269, I-6294–I-6296 (Rn. 16, 21) – BASF; Urt. v. 27.01.2000, Rs. C-190/98, Slg. 2000, I-493, I-523 (Rn. 25) – Graf.

²⁶⁰ So aber *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 410.

²⁶¹ So auch mit leicht abweichender Terminologie *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 456; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 403 f. Siehe auch zur Grundrechtsprüfung interessenausgleichenden Privatrechts unten S. 282 ff.

²⁶² Vorschriften, denen zufolge die Gegenleistungspflicht eine bloße Naturalobligation ist, betreffen zwar nicht das Produkt bzw. die Dienstleistung als solche, sondern lediglich ihren Vertrieb. Soweit sie aber nicht lediglich der Einhaltung bestimmter Vertragspflichten dienen (so z.B. § 53 Abs. 2 BörsG a.F., wonach Börsentermingeschäfte mit Nichtkaufleuten nur verbindlich waren, wenn bestimmte Informationspflichten eingehalten wurden), handelt es sich

gerichtlich durchsetzbar ist. Dagegen stellen vertragsrechtliche Sekundäransprüche und die deliktische Produkthaftung, auch soweit sie regulatorischen Charakter haben, lediglich Regelungen über die Marktteilnahme dar, die keiner Prüfung anhand der Grundfreiheiten unterliegen.²⁶³ Regelungen, die einen bestimmten Vertragsinhalt verbieten, können hingegen im Einzelfall marktzugangsbeschränkend wirken, so z.B. das zwingende Kündigungsrecht des Darlehnsnehmers gemäß § 489 BGB.²⁶⁴

Die viel diskutierten „Rechtsprodukte“²⁶⁵ bestehen dagegen nach hiesiger Einordnung im Wesentlichen aus interessenausgleichenden bzw. infrastrukturellen Regelungen, die nach dem eben Gesagten grundsätzlich nicht in die Grundfreiheiten eingreifen, sondern lediglich die Bedingungen der Marktteilnahme gestalten. Ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten kommt deshalb bei der gesetzlichen Ausgestaltung von Rechtsprodukten nach der *Keck*-Rechtsprechung nur in Betracht, wenn die gesetzlichen Vorgaben ausländische Anbieter direkt oder indirekt diskriminieren. Dann handelt es sich regelmäßig auch um eine regulierende Norm, da der Gesetzgeber nicht nur die Interessen der Parteien in einen Ausgleich bringt, sondern mit der Diskriminierung Steuerungsziele verfolgt.

Stellt sich eine Norm des regulatorischen Privatrechts nach diesen Grundsätzen als eine Marktzugangsbeschränkung dar, muss sie gemäß der EuGH-Rechtsprechung auf verhältnismäßige Art und Weise zwingende Gründe des Allgemeininteresses verfolgen.²⁶⁶ Als derartige Gründe erkennt der EuGH insbesondere

um Beschränkungen des Marktzugangs für Anbieter des entsprechenden Produkts bzw. der Dienstleistung; so auch *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 590 f.; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 266; a.A. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 152.

²⁶³ So überzeugend *Basedow*, in: FS Mestmäcker (1996), S. 347, 353 f.; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 135 f.; *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht³ (2013), S. 69, 103; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 610 f.; 622 f.; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 193–199; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht (2013), S. 35 f.; a.A. *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 107, 265, der bezüglich der deliktischen Produkthaftung auf die Harmonisierung durch die Produkthaftungsrichtlinie verweist.

²⁶⁴ Dazu ausführlich *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 600–603, der mit guten Gründen einen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit bejaht.

²⁶⁵ Dabei geht es zumeist um Versicherungen; siehe z.B. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 150–153; *Heimann*, Zwingender Verbraucherschutz und Grundfreiheiten im Bereich der Finanzdienstleistungen (2005), S. 170–172; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 597–600; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003), S. 201.

²⁶⁶ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, I-4197 f. (Rn. 37) – Gebhard: „Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt sich jedoch, daß nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Ver-

eine wirksame steuerliche Kontrolle, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, die Lauterkeit des Handelsverkehrs und den Verbraucherschutz an;²⁶⁷ daneben können auch die Grundrechte eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen.²⁶⁸ Die Rechtfertigung regulatorischer Normen des Privatrechts wirft im Detail keine spezifischen Probleme auf, so dass insoweit auf die allgemeinen Darstellungen verwiesen werden kann.²⁶⁹

b. Pflicht zur Anerkennung ausländischen regulatorischen Privatrechts?

Schließlich ist noch zu untersuchen, inwieweit die Grundfreiheiten dazu verpflichten, im Sinne des Herkunftslandprinzips²⁷⁰ die Regelungen des (möglicherweise regulatorischen) Privatrechts anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen. Sieht etwa das Herkunftsland eines Warenherstellers bestimmte Regelungen der deliktischen Produkthaftung vor, so stellt sich die Frage, ob die Grundfreiheiten diesem einen Anspruch darauf geben, auch in anderen Mitgliedstaaten lediglich nach diesen Regeln beurteilt zu werden.

Zunächst zielen viele Vorschriften des regulatorischen Privatrechts nicht darauf ab, den Marktzugang zu erschweren, und sind daher als reine Marktteilnahmeregeln im Sinne der *Keck*-Rechtsprechung des EuGH einzuordnen. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten durch derartige Regelungen scheidet von vornherein aus. Dies gilt etwa auch für das Deliktsrecht im Allgemeinen und die meisten vertragsrechtlichen Regelungen.²⁷¹ Sofern eine Vorschrift des regulatorischen Privatrechts dagegen ein Marktzugangshindernis darstellt, kommt es nach dem oben Gesagten darauf an, ob sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann.²⁷² Gelingt eine solche Rechtfertigung, kann sich der Marktteilnehmer grundsätzlich nicht darauf berufen, dass seine Heimatsrechtsordnung insoweit aber weniger streng oder wirtschaftlich interessanter sei.²⁷³ Lässt sich die zugangsbeschränkende Norm dagegen nicht am Maßstab der Grundfreiheiten rechtfertigen, ist sie aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht anwendbar bzw. muss im Wege der europä-

wirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“.

²⁶⁷ EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 (Rn. 8) – Rewe-Zentral.

²⁶⁸ EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, I-5718 (Rn. 74) – Schmidberger.

²⁶⁹ Siehe z. B. *Craig / de Búrca*, EU Law⁶ (2015), S. 704–718. Speziell zum Privatrecht auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 85–92.

²⁷⁰ Zum Herkunftslandprinzip siehe bereits oben S. 178.

²⁷¹ Siehe Nachweise S. 216, Fn. 263.

²⁷² Siehe soeben S. 216 f.

²⁷³ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 29.03.2011 – Rs. C-565/08, Slg. 2011, I-2101, I-2129 (Rn. 49) – Kommission/Italien: „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats nicht allein deshalb eine Beschränkung im Sinne des [AEUV] darstellt, weil andere Mitgliedstaaten in ihrem Gebiet ansässige Erbringer gleichartiger Dienstleistungen weniger strengen oder wirtschaftlich interessanteren Vorschriften unterwerfen“.

rechtskonformen Rechtsfortbildung auf ein mit den Grundfreiheiten kompatibles Maß herabgesetzt werden.

Das Problem wurde inzwischen durch das Inkrafttreten der Rom I-VO²⁷⁴ und der Rom II-VO²⁷⁵ entschärft, die das Internationale Privatrecht der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse vereinheitlicht haben. Soweit die Verordnungen primärrechtskonform sind – woran zu zweifeln grundsätzlich kein Anlass besteht²⁷⁶ – sperren sie hinsichtlich der Überprüfung der darauf basierenden nationalen Urteile den Rückgriff auf die Anwendung der Grundfreiheiten.²⁷⁷ Allerdings wurde durch die Verordnungen nur das Kollisionsrecht unionsweit²⁷⁸ vollharmonisiert, während das Sachrecht weiterhin teils erhebliche Unterschiede aufweist, für welche die Sperrwirkung der Verordnungen nicht gilt. Dennoch ist davon auszugehen, dass sich die Frage des anwendbaren (regulatorischen) Privatrechts im Anwendungsbereich der Rom I-VO und Rom II-VO ausschließlich nach den Regelungen der Verordnungen richtet. Die Grundfreiheiten enthalten weder offene noch versteckte Kollisionsnormen.²⁷⁹ Verstößt die nach der Rom I-VO oder Rom II-VO berufene nationale Sachnorm gegen die Grundfreiheiten, führt dies zur Unanwendbarkeit der Norm, nicht aber zu ihrer Ersetzung durch Sachnormen des Herkunftsstaats.

Soweit das Kollisionsrecht hingegen nicht harmonisiert ist, unterliegt es einer Prüfung anhand der Grundfreiheiten. Da Kollisionsnormen keine materielle Regelung treffen, kommt ein Verstoß gegen Grundfreiheiten allerdings nur durch das Zusammenspiel von Kollisionsnorm und dadurch berufenem Sachrecht in Betracht.²⁸⁰ Deshalb differenziert der EuGH grundsätzlich nicht zwischen der Überprüfung der Sach- und Kollisionsnormen.²⁸¹ Allerdings führt auch der Verstoß einer Kollisionsnorm gegen die Grundfreiheiten grundsätzlich nur dazu, dass diese Norm nicht anwendbar ist; eine positive Pflicht, das Recht eines anderen Mitgliedstaats anzuerkennen, folgt daraus nur in Ausnah-

²⁷⁴ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. EU L 177, S. 6.

²⁷⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. EU L 199, S. 40.

²⁷⁶ Siehe aber *Staudinger*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u. a., Internationales Vertragsrecht² (2012), Art. 7 Rom I-VO Rn. 3 (Bedenken an der Konformität der gespaltenen Anknüpfung von Versicherungsverträgen mit der Dienstleistungsfreiheit).

²⁷⁷ Vgl. *Leible/T. Streinz*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union (Stand: 56. EL., 2015), Art. 34 AEUV Rn. 42 m. w. N.

²⁷⁸ Die Verordnungen gelten allerdings nicht für Dänemark; siehe Erwägungsgrund 46 zur Rom I-VO; Erwägungsgrund 40 zur Rom II-VO.

²⁷⁹ *Drexler*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), IntLautR Rn. 48; v. *Hein*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), Art. 3 EGBGB Rn. 117–139. Siehe aber *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1 ff.

²⁸⁰ Vgl. *W.-H. Roth*, *RabelsZ* 55 (1991), 623, 644.

²⁸¹ Siehe z. B. EuGH, Urt. v. 02.10.2003, Rs. C-148/02, Slg. 2003, I-11613 – *Garcia Avello*.

mefallen.²⁸² So hat der EuGH entschieden, dass die Mitgliedstaaten aufgrund der Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV) verpflichtet sind, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats wirksam gegründeten Gesellschaften anzuerkennen, auch wenn diese ihre gesamte Geschäftstätigkeit im Zuzugsstaat entfalten.²⁸³ Die Anerkennung fremder Gesellschaften betrifft aber vorrangig die Infrastrukturfunktion des Privatrechts und nicht die Regulierungsfunktion. Die Anerkennung ist erforderlich, damit in anderen Mitgliedstaaten gegründete Gesellschaften überhaupt von ihrer primären Niederlassungsfreiheit Gebrauch machen können.²⁸⁴ Dies lässt sich nicht auf die häufig nur punktuell eingreifende Regulierungsfunktion übertragen. Eine grenzüberschreitende Tätigkeit kann auch ausgeübt werden, wenn sich dadurch das anwendbare regulatorische Privatrecht in einer den Handelnden benachteiligenden Weise ändert. Im Ergebnis folgt aus den Grundfreiheiten deshalb keine Pflicht, regulatorisches Privatrecht anderer Mitgliedstaaten anzuerkennen.

4. Drittwirkung: Grundfreiheiten als regulatorisches Privatrecht

Zwischen den Polen positive und negative Integration bewegt sich die Drittwirkung der Grundfreiheiten. In ihrer klassischen Abwehrfunktion sind die Grundfreiheiten das wichtigste Vehikel negativer Integration; entnimmt man ihnen dagegen direkt gegenüber Privaten wirkende Pflichten, handelt es sich um ein Beispiel für positive Integration auf Primärrechtsebene.

Der EuGH bejaht in ständiger Rechtsprechung die direkte Anwendbarkeit²⁸⁵ der Arbeitnehmerfreizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit auf von Privaten geschaffene „kollektive Regelwerke“ wie Tarifverträge oder die Transferbedingungen von Fußballverbänden.²⁸⁶ Darüber hinaus hat er die Regelungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf das Verhalten privater

²⁸² Ausführlich dazu *Mansel*, *RebelsZ* 70 (2006), 651, 687–711.

²⁸³ Siehe insbesondere EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, I-9974 (Rn. 95) – *Überseering*.

²⁸⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919, I-9971 (Rn. 81) – *Überseering*: „Das Erfordernis, dieselbe Gesellschaft in Deutschland neu zu gründen, kommt daher der Negierung der Niederlassungsfreiheit gleich.“

²⁸⁵ Umfassend zum Unterschied zwischen direkter und indirekter Drittwirkung der Grundfreiheiten *Hartkamp*, *ERPL* 18 (2010), 527 ff.

²⁸⁶ EuGH, Urt. v. 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, 1419 f. (Rn. 16/19) – *Walrave*; Urt. v. 14.07.1976, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, 1340 f. (Rn. 17/18) – *Donà*; Urt. v. 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, I-5066 (Rn. 83 f.) – *Bosman*; Urt. v. 11.04.2000, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, I-2614 (Rn. 48) – *Deliège*; Urt. v. 13.04.2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, I-2729 (Rn. 35) – *Lehtonen*; Urt. v. 19.02.2002, Rs. C-309/99, Slg. 2002, I-1577, I-1694 (Rn. 120) – *Wouters*; Urt. v. 11.12.2007, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779, I-10823–I-10825 (Rn. 33–37) – *Viking*; Urt. v. 18.12.2007, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11767, I-11886 (Rn. 98) – *Laval*; Urt. v. 16.03.2010, Rs. C-325/08, Slg. 2010, I-2177, I-2206 (Rn. 30) – *Olympique Lyonnais*.

Arbeitgeber angewendet, ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen zu verlangen.²⁸⁷ Demgegenüber hat der EuGH eine direkte Anwendung der Warenverkehrsfreiheit²⁸⁸ und der Kapitalverkehrsfreiheit²⁸⁹ auf das Verhalten von Privaten (bisher) abgelehnt. In der Literatur ist diese Rechtsprechung Gegenstand ausführlicher Kontroversen geworden.²⁹⁰

Im Rahmen dieser Studie muss nicht beurteilt werden, inwieweit die Rechtsprechung des EuGH und die in der Literatur vorgebrachte Kritik in der Sache überzeugen. Vorliegend ist allein entscheidend, dass eine unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten auf das Rechtsverhältnis zwischen Privaten den Charakter der Grundfreiheiten teilweise verändert und diese zu funktionalem Privatrecht macht.²⁹¹ Da die Grundfreiheiten zweifellos regulatorisch sind, handelt es sich insoweit um einen Fall regulatorischen Privatrechts im Rang europäischen Primärrechts.

Aber auch wenn man eine unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten ablehnt bzw. diese auf besondere Konstellationen beschränkt, können die Grundfreiheiten eine mittelbare Drittwirkung entfalten, indem sie in Verbindung mit

²⁸⁷ EuGH, Urt. v. 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, I-4173 (Rn. 36) – Angonese; Urt. v. 17.07.2008, Rs. C-94/07, Slg. 2008, I-5939, I-5955 (Rn. 46) – Raccanelli.

²⁸⁸ EuGH, Urt. v. 01.10.1987, Rs. 311/85, Slg. 1987, 3801, 3830 (Rn. 30) – Vlaamse Reisbureaus; Urt. v. 06.06.2002, Rs. C-159/00, Slg. 2002, I-5031, I-5085 (Rn. 74) – Sapod Audic; kritisch zu dieser Rechtsprechung Krenn, CMLR 49 (2012), 177 ff.; anders aber zuvor in einem obiter dictum EuGH, Urt. v. 22.01.1981, Rs. 58/80, Slg. 1981, 181, 195 (Rn. 17) – Dansk Supermarked. Eine unmittelbare Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit folgt auch nicht aus dem *fra.bo*-Urteil, da der EuGH dort die Tätigkeit einer privaten Zertifizierungsstelle nur deshalb am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit gemessen hat, weil sie „insbesondere aufgrund ihrer [dispositiv-gesetzlichen; A.H.] Ermächtigung zur Zertifizierung von Erzeugnissen in Wirklichkeit über die Befugnis verfügt, den Zugang von Erzeugnissen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Kupferfittings zum deutschen Markt zu regeln“; EuGH, Urt. v. 12.07.2012, Rs. C-171/11, n. n. v. (Rn. 31) – *Fra.bo*. Der EuGH hat schon früher anerkannt, dass eine formal private Einrichtung dem Staat zugerechnet werden kann, wenn sie der Sache nach staatliche Aufgaben übernimmt; vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1982, Rs. 249/81, Slg. 1982, 4005, 4020 (Rn. 15) – Kommission/Irland („Buy Irish“). Anders aber die Interpretation des *fra.bo*-Urteils bei W.-H. Roth, EWS 2013, 16, 20 f.

²⁸⁹ In diese Richtung EuGH, Urt. v. 23.10.2007, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, I-9033, I-9034 f. (Rn. 40, 45) – Kommission/Deutschland („VW-Gesetz“).

²⁹⁰ Kritisch zur EuGH-Rechtsprechung z.B. Canaris, in: FS R. Schmidt (2002), S. 29, 42–49; Herresthal, in: Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (2007), S. 177, 180–185; ders., in: Langenbucher (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht³ (2013), S. 69, 119–121; Körber, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 728–819; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht (2013), S. 37 f.; Schepel, European Law Journal 18 (2012), 177, 196–199; Streinz / Leible, EuZW 2000, 459, 460–465; positiv zur Rechtsprechung dagegen Davies, in: Leczykiewicz / Weatherill (Hrsg.), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships (2013), S. 53, 61–66; W.-H. Roth, in: 2. FS Medicus (2009), S. 393, 396–417; ders., EWS 2013, 16, 24 f.; differenzierend Bachmann, AcP 210 (2010), 424, 473–479 (für eine „subsidiäre Horizontalwirkung“ als vermittelnde Lösung); Perner, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 141–189; Steindorff, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 277–300 (für eine Ausweitung der Drittwirkung).

²⁹¹ Zur formalen Abgrenzung der Teilrechtsgebiete siehe unten S. 524 ff.

der unionsrechtlichen Treuepflicht gemäß Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV eine Schutzpflicht der Mitgliedstaaten begründen, gegen die Verletzung von Grundfreiheiten durch Private einzuschreiten.²⁹² Aus einer solchen Schutzpflicht kann im Einzelfall die Pflicht der Mitgliedstaaten folgen, regulatorisches Privatrecht zum Schutz der Grundfreiheiten zu erlassen.²⁹³

²⁹² Siehe EuGH, Urt. v. 09.12.1997, Rs. C-265/95, Slg. 1997, I-6959, I-6999 (Rn. 32) – *Kommission/Frankreich*; Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659, I-5714 (Rn. 59) – *Schmidberger*.

²⁹³ Vgl. auch *Canaris*, in: FS R. Schmidt (2002), S. 29, 49–54; *Herresthal*, in: Langenbucher (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht*³ (2013), S. 69, 121–123; *Streinz/Leible*, *EuZW* 2000, 459, 466 f.

§ 6 Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht

Nachdem die unionsrechtlichen Vorgaben für den regulatorischen Einsatz des Privatrechts herausgearbeitet wurden, ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit das Grundgesetz eine solche Regulierung zulässt. Da der Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Privatrechts (noch) relativ begrenzt ist, wird die Frage ausgespart, ob der Anwendungsvorrang des Unionsrechts Anpassungen im deutschen Recht verlangt. Vielmehr soll ganz generell untersucht werden, inwieweit der regulatorische Einsatz des Privatrechts überhaupt zulässig ist und welche Grenzen sich aus der Verfassungsordnung ergeben. Dies betrifft die Auswirkungen der Grundrechte auf das Privatrecht,¹ aber auch die Frage, welche Vorgaben das Staatsrecht für die Regulierung mittels Privatrecht aufstellt.

Die Frage der staatsrechtlichen Zulässigkeit von Regulierung mittels Privatrecht stellt sich aus zwei Blickwinkeln. Einerseits kann man fragen, inwieweit die Verfassung, insbesondere die kompetenzrechtlichen Grundlagen, einen Einsatz des Privatrechts zum Zwecke der Regulierung legitimieren kann. Wäre dies nicht der Fall, müsste sich der Gesetzgeber darauf beschränken, privatrechtliche Normen zu erlassen, welche ausschließlich dem Interessenausgleich zwischen Privaten zu dienen bestimmt sind. In diesem Sinne wird teilweise vertreten, dass es verfassungswidrig sei, wenn der Gesetzgeber mittels privatrechtlicher Regelungen pönale Zwecke verfolgt,² oder es wird sogar grundsätzlich für unzulässig gehalten, dass der Staat im Privatrecht die Freiheit des Einzelnen für seine Ordnungsziele in den Dienst nimmt.³ Vor diesem Hintergrund soll untersucht werden, welchen Privatrechtsbegriff das Grundgesetz zugrunde legt und ob der Er-

¹ Zu den Grenzen aufgrund der Grundrechte siehe anschließend S. 265 ff.

² Siehe z. B. *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht (2004), S. 370; *Herrmann*, ZfA 1996, 19, 40; *Schneider*, BB 2005, 1653, 1655–1658.

³ *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 269 f.; vgl. auch *Reppen*, in: *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 65 f. Beide Autoren lassen allerdings offen, ob sie rechtspolitisch oder verfassungsrechtlich argumentieren (deutlich aber *Reppen*, in: *Isensee* (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 95: „Es wird Zeit, wieder darüber nachzudenken, daß auch jenseits der Ewigkeitsgarantien des Verfassungsrechts Regeln bestehen, die der Gesetzgeber – er sei deutsch oder europäisch – nicht beliebig verändern darf. Im Privatrecht scheint dieses Bewußtsein abhanden gekommen zu sein.“). Rein rechtspolitisch ist die Kritik von *Finkenauer*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 241a Rn. 5 („An der liberalen Konzeption des Privatrechts als eines weitgehend staatsfreien Raumes ist, soweit es im Zeitalter des Verbraucherschutzes noch möglich ist, festzuhalten und

lass von Privatrechtsnormen mit Regulierungsintention damit vereinbar ist (dazu unter I.).

Andererseits kann man fragen, inwieweit die nach dem Grundgesetz bestehenden Staatsaufgaben dem Gesetzgeber bestimmte Regelungsmittel vorgeben. Konkret stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, regulatorisches Privatrecht zur Erfüllung von Staatsaufgaben einzusetzen (dazu unter II.). Erst nachdem diese Fragen der grundlegenden Stellung des (regulatorischen) Privatrechts in der Verfassungsordnung geklärt sind, können die weiteren staatsrechtlichen Voraussetzungen untersucht werden, die der Gesetzgeber beachten muss, wenn er sich des Privatrechts zu regulatorischen Zwecken bedient (dazu unter III.).

I. Privatrechtsbegriff des Grundgesetzes

Dem Grundgesetz liegt kein ausdrückliches, für die gesamte Rechtsordnung verbindliches Konzept von Privatrecht zugrunde. Das Wort „Privatrecht“ taucht im Verfassungstext lediglich einmal im Rahmen des Ausdrucks „privatrechtliches Versicherungswesen“ zur Konkretisierung der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des „Rechts der Wirtschaft“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf.⁴ Als sachliches Abgrenzungskriterium begegnet das Privatrecht als Teilrechtsordnung indirekt in Art. 95 Abs. 1 GG, welcher dem BGH als oberstem Gerichtshof die Gebiete der „ordentlichen Gerichtsbarkeit“ zuweist und damit zugleich den „Typenkern“ der Zivilgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich garantiert, wobei dem Gesetzgeber bei der Konkretisierung ein weiter Entscheidungsspielraum zur Verfügung steht.⁵ Eine positive Begriffsbestimmung lässt sich daraus aber kaum ableiten.

Der Privatrechtsbegriff des Grundgesetzes muss daher durch eine Zusammenchau der unterschiedlichen Kompetenztitel, welche zum Erlass privatrechtlicher Gesetze ermächtigen, gewonnen werden. Der Umfang der Gesetzgebungskompetenzen ist im vorliegenden Zusammenhang deshalb von Bedeutung, weil er zugleich den zulässigen Inhalt privatrechtlicher Gesetze begrenzt; ein (Privatrechts-)Gesetz des Bundes, das durch die Kompetenztitel der Art. 73 f. GG nicht gedeckt ist, ist verfassungswidrig bzw. muss im Wege der verfassungskonformen Auslegung auf ein Maß begrenzt werden, welches durch die Kompetenznorm gestützt wird.⁶ Anschließend ist zu fragen, ob die Verfassung infolge der Tren-

den verbreiteten Tendenzen, auch mit der Hilfe des Privatrechts Verhalten zu steuern, entgegenzuwirken.“).

⁴ Zur Entstehungsgeschichte des Zusatzes siehe *Rengeling / Szczekalla*, in: BK GG (Stand: September 2007), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 13 f.

⁵ *Meyer*, in: v. Münch / Kunig, GG⁶ (2012), Art. 95 Rn. 9 unter Verweis auf BVerfGE 4, 387, 398 f. Siehe auch BVerfGE 42, 20, 31, wo der aus dem Kaiserreich stammende § 13 VVG a. F. als Argument für die sachlich-rechtliche Abgrenzung von Bürgerlichem Recht und Öffentlichem Recht herangezogen wird.

⁶ Vgl. BVerfGE 56, 249, 265. Die Folge eines solchen Verstoßes wäre nicht, dass die entspre-

nung von Staat und Gesellschaft das Privatrecht auf die Ausgestaltung privatrechtlicher Freiheitsräume beschränkt oder ob es auch als Mittel staatlicher Eingriffe in die gesellschaftliche Sphäre verwendet werden darf.

1. Privatrecht im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes

Bestimmt man den Privatrechtsbegriff des Grundgesetzes über die Gesetzgebungskompetenzen, ist an erster Stelle Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu nennen, der dem Bund u. a. die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des „bürgerlichen Rechts“ zuweist. Das Grundgesetz enthält keine Definition dieses Ausdrucks und auch in den Verfassungsmaterialien finden sich keine konkretisierenden Hinweise.⁷ Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass solche Kompetenztitel, die bereits gleichlautend in der Weimarer Reichsverfassung enthalten waren – wie dies beim „bürgerlichen Recht“ der Fall ist⁸ –, auch gleichsinnig zu verstehen sind.⁹ Dies führt beim Kompetenztitel „bürgerliches Recht“ nach dem gleichen Kontinuitätsprinzip über die Weimarer Reichsverfassung hinaus zurück zur bismarckschen Reichsverfassung, die seit der berühmten Änderung durch die „lex Miquel Lasker“¹⁰ dem Reich die Kompetenz zur gemeinsamen Gesetzgebung „über das gesamte bürgerliche Recht“ als Voraussetzung der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts im BGB einräumte.¹¹ Daher sei der Kompetenztitel „bürgerliches Recht“ als Zusammenfassung aller Normen zu verstehen, die herkömmlicherweise dem Privatrecht zugerechnet werden,¹² wobei das BVerfG ausdrücklich auf das Begriffsverständnis des historischen BGB-Gesetzgebers verweist.¹³ Dadurch wird insbesondere eine Abgrenzung zum Öffentlichen Recht vorgenommen, die sich darin ausdrückt, dass die „zum staatlichen

chende Regelung als solche unzulässig ist, sondern gemäß Art. 70 Abs. 1 GG lediglich, dass sie nicht durch Bundesgesetz erlassen werden kann.

⁷ Siehe Pestalozza, in: v. Mangoldt/Klein, Bonner Grundgesetz³ (1996), Art. 74 Rn. 52 mit Hinweisen zur Entstehungsgeschichte in Rn. 25–51.

⁸ Vgl. Art. 7 Nr. 1 WRV: „Das Reich hat die Gesetzgebung über: 1. das bürgerliche Recht“. Zum Privatrecht im Rahmen der Weimarer Reichsverfassung siehe Nörr, Zwischen den Mühlsteinen (1988), S. 1–11.

⁹ Auslegung nach dem „Traditionellen“ oder „Herkömmlichen“, siehe BVerfGE 3, 407, 414 f.; 12, 205, 226; 26, 281, 299; 33, 52, 61; 42, 20, 29; 61, 149, 175.

¹⁰ Gesetz, betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reichs vom 20.12.1873, RGBl. S. 379. Der Name geht auf die Abgeordneten *Johannes Miquel* und *Eduard Lasker* zurück.

¹¹ Vgl. BVerfGE 42, 20, 29. Dort geht das BVerfG sogar zurück bis zur programmatischen Forderung der Paulskirchen-Verfassung nach einer bürgerlich-rechtlichen Rechtseinheit.

¹² BVerfGE 11, 192, 199. Zum historischen Begriffsverständnis siehe auch Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁶ (2010), Art. 74 Rn. 5.

¹³ Siehe BVerfGE 42, 20, 30 unter Verweis auf Mot. I, S. 1: „Das bürgerliche Recht läßt sich im Allgemeinen als der Inbegriff derjenigen Normen bezeichnen, welche die den Personen als Privatpersonen zukommende rechtliche Stellung und die Verhältnisse, in welchen die Personen als Privatpersonen untereinander stehen, zu regeln bestimmt sind.“

oder kommunalen Gemeinwesen bestehenden Beziehungen“ sowie die „rechtliche Ordnung der Exekutive“ aus dem Bereich des „bürgerlichen Rechts“ ausgenommen sind.¹⁴ Eine vollständige Ausgrenzung der Rechtsbeziehungen zu Hoheitsträgern ist allerdings offensichtlich nicht beabsichtigt, weil – wie auch das BVerfG selbst betont¹⁵ – seit dem 19. Jahrhundert unstreitig ist, dass der Staat als „Fiskus“, d. h. auf einer Ebene der Gleichordnung, durchaus privatrechtliche Beziehungen zu seinen Bürgern eingehen kann.¹⁶ Positiv definiert das BVerfG vor dem historischen Hintergrund das „bürgerliche Recht“ als die „Ordnung der Individualrechtsverhältnisse“.¹⁷ Wenn man berücksichtigt, welche Gesetze bereits aufgrund des ursprünglichen Kompetenztitels in der bismarckschen Reichsverfassung erlassen wurden,¹⁸ zeigt sich, dass das „bürgerliche Recht“ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG nicht nur den Inhalt des BGB und der privatrechtlichen Nebengesetze, sondern theoretisch auch das gesamte private Wirtschaftsrecht umfasst¹⁹ und daher weitgehend mit dem „Privatrecht“ gleichgesetzt werden kann.²⁰

Im Bereich des Wirtschaftsrechts enthält allerdings Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG („Recht der Wirtschaft“) eine vorrangige Spezialregelung,²¹ die kein historisches Vorbild aufweist. Unter diese Kompetenz fallen nach der Rechtsprechung des BVerfG „nicht nur diejenigen Vorschriften, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen, sondern auch alle anderen das wirtschaftliche Leben und die wirtschaft-

¹⁴ BVerfGE 42, 20, 30 f.; vgl. auch BVerfGE 61, 149, 176. Anders BVerfGE 11, 192, 199, wonach die Kompetenz zur Regelung des „bürgerlichen Rechtes“ nicht als „Gegensatz zum öffentlichen Recht“ zu verstehen sei.

¹⁵ BVerfGE 61, 149, 178.

¹⁶ Diese Abgrenzung ist zugleich Grundlage für die Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht auf der Ebene des einfachen Rechts und spiegelt sich in der herrschenden (modifizierten) Subjektstheorie bzw. Zuordnungslehre; dazu ausführlich unten S. 524 f.

¹⁷ BVerfGE 42, 20, 31. Zusätzlich sollen der Kompetenz bestimmte Bereiche „kraft Tradition“ zugerechnet werden können, wenn diese bereits historisch als Bürgerliches Recht verstanden wurden; dies gilt z. B. für die persönliche Haftung von Beamten, nicht aber für die Staatshaftung; vgl. BVerfGE 61, 149, 176, 201.

¹⁸ Ein Verzeichnis der auf Grundlage von Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung erlassenen „bürgerlich-rechtlichen“ Gesetze findet sich bei v. Seydel, *Commentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich*² (1897), S. 96–98. Siehe z. B. Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892, RGBl. S. 477; Gesetz, betreffend die Einführung einer einheitlichen Zeitbestimmung vom 12.03.1893, RGBl. S. 93; Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.05.1896, RGBl. S. 145.

¹⁹ Für dieses Verständnis spricht auch, dass Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung vor der Änderung durch die „lex Miquel Lasker“ dem Reich die Kompetenz zur gemeinsamen Gesetzgebung u. a. über „das [...] Handels- und Wechselrecht“ zuwies und diese bisherige Kompetenz in der neuen allgemeinen Kompetenz „über das gesamte bürgerliche Recht“ aufging.

²⁰ Prägnant Pestalozza, in: von v. Mangoldt/Klein, *Bonner Grundgesetz*³ (1996), Art. 74 Rn. 54: „bürgerliches Recht = Privatrecht“.

²¹ Die Abgrenzung zwischen den Kompetenztiteln hat seit der Föderalismusreform 2006 an Bedeutung gewonnen, weil die Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter dem Subsidiaritätsvorbehalt gemäß Art. 72 Abs. 2 GG steht, während die Kompetenz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG keiner solchen Prüfung unterliegt.

liche Betätigung als solche regelnden Normen“.²² Im vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass nach allgemeiner Ansicht aufgrund von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Normen erlassen werden können,²³ weshalb sich zwar einerseits eine Abgrenzung erübrigt, andererseits aber auch keinerlei Einschränkung zulässiger Regelungsmaterien des privaten Wirtschaftsrechts aus dem Umfang der Kompetenz abgeleitet werden kann. Weiterhin sind als Spezialmaterien aus der umfassenden Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die Kompetenzen zur Regelung des gewerblichen Rechtsschutzes, des Urheberrechts und des Verlagsrechts (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG), das Personenstandswesen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 2 GG), das Arbeitsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) und das Kartellrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG) herausgenommen, ohne dass die darauf basierenden Normen (soweit sie Individualrechtsverhältnisse regeln) den Charakter als „Privatrecht“ verlieren würden.²⁴

Zusammengenommen zeigen die Kompetenznormen, dass das Grundgesetz einem umfassenden Privatrechtsbegriff folgt, in dessen Mittelpunkt das Individualrechtsverhältnis – also das Rechtsverhältnis zwischen gleichgeordneten Privaten – steht. Als wesentliche Begrenzung möglicher Regelungsgegenstände des Privatrechts aufgrund der Kompetenzordnung des Grundgesetzes erscheinen lediglich der Ausschluss des Staatsrechts („rechtliche Ordnung der Exekutive“) sowie die Beschränkung der Beziehungen des Bürgers zum Staat auf den Bereich der „fiskalischen Geschäfte“, womit im Kern die grundsätzliche Gleichordnung der Rechtssubjekte im Privatrecht auf den Fall der Involvierung von Hoheitsträgern fortgeschrieben wird.²⁵

²² St. Rspr., siehe z. B. BVerfGE 68, 319, 330 m. w. N.

²³ Siehe z. B. *Degenhart*, in: Sachs, GG⁷ (2014), Art. 74 Rn. 50; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig, GG⁶ (2012), Art. 74 Rn. 39; *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 74 Rn. 135, 154; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 342 f.; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG⁶ (2010), Art. 74 Rn. 81; *Pestalozza*, in: v. Mangoldt/Klein, Bonner Grundgesetz³ (1996), Art. 74 Rn. 531; *Rengeling/Szczekalla*, in: BK GG (Stand: September 2007), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 9, 108. So beruhen etwa weite Teile des Unternehmensrechts (z. B. das Aktienrecht) auf dieser Gesetzgebungskompetenz; siehe die umfassende Gesetzesliste bei *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG¹² (2011), Art. 74 Rn. 107 (nicht mehr in der 13. Aufl.).

²⁴ Zusätzlich ist das Recht des landwirtschaftlichen Pachtwesens (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a. F.) seit der Föderalismusreform 2006 den Ländern übertragen und (weiterhin) aus dem Anwendungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ausgenommen; vgl. *Niedobitek*, in: BK GG (Stand: Februar 2007), Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 29. Dies ist – soweit ersichtlich – der einzige Bereich, in dem den Ländern eine originäre Kompetenz zum Erlass privatrechtlicher Normen zukommt. Ansonsten geht das BVerfG davon aus, dass der Bund durch die Regelungen des BGB für deren Sachbereich umfassend und damit abschließend von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, so dass den Ländern nur im Rahmen der im EGBGB enthaltenen Vorbehalte ein eigenes Gesetzgebungsrecht zusteht; vgl. BVerfGE 78, 132, 144 f.

²⁵ Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann es aber erforderlich sein, beim Einsatz von Privatrecht durch Hoheitsträger ergänzend überlagernde Vorschriften des Öffentlichen Rechts anzuwenden; *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 64–72. Ausführlich zur Eignung des Privatrechts zur Erfüllung staatlicher Aufgaben unten S. 232 ff.

Für die Frage, ob dieser grundgesetzliche Privatrechtsbegriff die Möglichkeit des Gesetzgebers zum Erlass regulatorischer Privatrechtsnormen begrenzt, kommt es darauf an, ob kompetenzielle Regelungsinhalte zugleich potentielle Regelungsziele determinieren. Dies ist grundsätzlich nicht der Fall. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG bestimmt allein der „Regelungsgegenstand und -gehalt“ eines Gesetzes, ob dieses durch einen Kompetenztitel des Art. 74 GG gedeckt ist, der „Regelungszweck“, der Regelungsanlass („Anknüpfungspunkt“) und „das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel“ sind dagegen irrelevant.²⁶ Das gilt selbst dann, wenn sich die Norm auf einen anderen Regelungsbereich, für den keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht, auswirkt.²⁷ Dies bedeutet, dass ein Gesetz so lange durch die Kompetenz zur Regelung des „bürgerlichen Rechts“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) gedeckt ist, wie darin Individualrechtsverhältnisse geregelt werden und keine vorrangige Spezialkompetenz betroffen ist. Ob der Gesetzgeber die entsprechenden Individualrechtsverhältnisse mit dem Ziel eines Interessenausgleichs der beteiligten Parteien oder zur Verfolgung politischer Steuerungsziele gestaltet, ist für die Klassifizierung als „bürgerliches Recht“ dagegen unerheblich.

Aber auch aus den speziellen Kompetenzgrundlagen lassen sich keine inhaltlichen Vorgaben für die Ausgestaltung der dadurch geregelten Individualrechtsverhältnisse ableiten. Dies zeigt sich beispielhaft anhand der vom BVerfG schon früh festgestellten „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes,²⁸ die dem Gesetzgeber bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Wirtschaftspolitik einen weiten Spielraum zwischen den äußeren Polen der Individualfreiheiten (Eigentumsgarantie, Privatautonomie) und dem Sozialstaatsprinzip zugesteht. Die Geschichte des Wirtschaftsrechts zeigt, dass die politischen Leitlinien im Laufe der Jahrzehnte erhebliche Veränderungen durchgemacht haben.²⁹ Unabhängig von der wirtschaftspolitischen Zielsetzung ist im Bereich des „Rechts der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) aber anerkannt, dass der Gesetzgeber Gesetze mit „wirtschaftsregulierendem oder wirtschaftslenkendem Inhalt“ erlassen darf.³⁰

²⁶ Zusammenfassend BVerfGE 135, 155, 196; zuvor BVerfGE 4, 60, 67 f., 69 f.; 68, 319, 327 f.; 121, 317, 348.

²⁷ Vgl. BVerfGE 98, 145, 158.

²⁸ Grundlegend BVerfGE 4, 7, 17 f.: „Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.“ Ähnlich BVerfGE 50, 290, 337. Siehe aber *Papier*, in: Handbuch des VerfR (1984), Bd. I, § 18 Rn. 15 f.; *ders.*, in: FS Sacker (2011), S. 1093, 1096 („Bekanntnis zum verkehrswirtschaftlichen Koordinationsprinzip“).

²⁹ Siehe den historischen Überblick bei *Rengeling/Szczekalla*, in: BK GG (Stand: September 2007), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 19–24 mit dem Titel „Von der Wirtschaftsfreiheit zu Intervention und Regulierung und zurück“.

³⁰ BVerfGE 68, 319, 330; siehe auch BVerfGE 4, 7, 13; 82, 159, 179 f.

2. Privatrecht und die Trennung von Staat und Gesellschaft

Auch wenn sich die Kompetenznormen nur auf den Gegenstand des Gesetzes beziehen und sich daraus kein Verbot des regulatorischen Einsatzes von Privatrecht ableiten lässt, so wird aber vielfach vertreten, dass sich die Aufgabe – und damit die zulässigen Regelungszwecke – des Privatrechts aus der Grundstruktur der Verfassung ableiten lasse.³¹ Die Abgrenzung von Öffentlichem Recht und Privatrecht habe sich nämlich an der verfassungsrechtlich vorgegebenen Trennung von Staat und Gesellschaft zu orientieren,³² mit deren Entstehung die Unterscheidung der Teilrechtsordnungen historisch überhaupt erst zu einer „antinomisch-politischen Differenz“ erhoben wurde.³³ Demnach bilden das Bürgerliche Recht und das Arbeitsrecht die „Gesellschaftsverfassung“³⁴ im Gegensatz zur „Staatsverfassung“;³⁵ Erstere ist geprägt durch das Grundprinzip der Freiheit, Letztere durch den Gleichheitssatz.³⁶ Bezogen auf den vorliegenden Zusammenhang würde dies bedeuten, dass das Privatrecht von Verfassungs wegen darauf beschränkt wäre, im Sinne der Infrastruktur- und Interessenausgleichsfunktion³⁷ den Bürgern als Mitgliedern der Gesellschaft rechtliche Regeln zur Ausgestaltung ihrer privatautonomen Freiheitssphäre zur Verfügung zu stellen, während regulatorische Eingriffe allein dem Öffentlichen Recht vorbehalten wären.³⁸

Diese Argumentation wird nur verständlich vor dem Hintergrund einer geschichtlich gewachsenen (und belasteten) Auffassung über die Trennung von Staat und Gesellschaft, die sich bis zur französischen Revolution zurückverfolgen lässt.³⁹ Demnach lassen sich Staat und Gesellschaft nicht nur als durch bestimmte äußerliche Erkennungsmerkmale geprägte Lebensbereiche unterscheiden, son-

³¹ Beispielhaft *J. Ipsen*, JZ 2014, 157.

³² *Bettermann*, DVBl 1977, 180, 181; *Bydliński*, AcP 194 (1994), 319, 340–351; *Heintzen*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 237; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 72. EL., 2014), Art. 20 Abschn. I Rn. 46; *Kahl*, Die Staatsaufsicht (2000), S. 373 f.; *Rupp*, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 31 Rn. 46; *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht (1985), S. 168. Zurückhaltender *Isensee*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 317, 324 mit Fn. 17. Kritisch *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), S. 84, 103.

³³ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 41, 55.

³⁴ Siehe dazu auch *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718, 720–728.

³⁵ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 72. EL., 2014), Art. 20 Abschn. I Rn. 46; siehe auch *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit (1973), S. 30.

³⁶ *Isensee*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 317, 320 f.

³⁷ Siehe oben S. 56 ff.

³⁸ *P. Kirchhof*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 83, 86: „[D]as Privatrecht [ist] – als Recht der Freiheit – das Recht der Gesellschaft, nicht des Staates. Sein Wirkungsbereich endet grundsätzlich dort, wo die staatliche Aufgabe beginnt.“ Ähnlich bereits *Hallstein*, SJZ 1946, 1, 2. Relativierend aber z.B. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 19 Abs. 4 Rn. 60.

³⁹ Zu den historischen Ursprüngen der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft siehe *Angermann*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 109 ff.; *Conze*, in:

den bilden eine verfassungsrechtliche Grundunterscheidung. In Deutschland⁴⁰ gehen die Anfänge dieser Abgrenzung auf die Rechtsphilosophie *Hegels*⁴¹ und die durch die französische Entwicklung geprägte Gesellschaftstheorie *Lorenz von Steins*⁴² zurück. Seinen Höhepunkt erreichte der Dualismus von Staat und Gesellschaft im monarchischen Staatswesen des 19. Jahrhunderts; die Konstruktion einer vom Staat getrennten bürgerlichen Gesellschaft ermöglichte die Entwicklung einer auf die formelle Gleichheit ihrer Mitglieder aufbauenden „Privatrechtsgesellschaft“⁴³ trotz in den deutschen Teilstaaten fortbestehender absolutistischer Staatsstrukturen.⁴⁴ Die Konstitutionalisierung der Monarchien und die Einrichtung von Volksvertretungen wurden dabei nicht als Wandel der staatlichen Sphäre wahrgenommen, sondern als Ausweitung der Gesellschaft, mit der Folge, dass die Parlamente weniger als Staatsorgane, sondern mehr als Organe der Gesellschaft aufgefasst wurden.⁴⁵ Durch diese Konstruktion kam es zu einer Art „Staatsdualismus“,⁴⁶ wobei die „Gesellschaft“ für den durch wirtschaftliche Freiheit und demokratische Teilhabe geprägten Bereich stand.

Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 37 ff. Einführend in die heutige Diskussion *Kahl*, Jura 2002, 721 ff.

⁴⁰ Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und ihre Bedeutung für das Privatrecht lassen Rückschlüsse auf das jeweilige Staatsverständnis zu. Die Abgrenzung begegnet deshalb rechtsvergleichend in ganz unterschiedlichen Ausprägungen. Siehe z.B. *Jurgens/van Ommen*, C.L.J. 71 (2012), 172 ff. (zur Abgrenzung im englischen und niederländischen Recht) sowie insbesondere zum US-amerikanischen Recht *Horwitz*, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982); *Kennedy*, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982) einerseits, sowie *Goldberg*, 125 Harv. L. Rev. 1640 (2012); *Oman/Solomon*, 62 Duke L. J. 1109 (2013) und *Dagan*, 56 Am. J. Comp. L. 809 (2008) andererseits.

⁴¹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821/1986), § 182, Zusatz, S. 339 f., § 260, Zusatz, S. 407; siehe auch ebd., § 258, S. 399: „Wenn der Staat mit der bürgerlichen Gesellschaft verwechselt und seine Bestimmung in die Sicherheit und den Schutz des Eigentums gesetzt wird, so ist das Interesse der Einzelnen als solcher der letzte Zweck, zu welchem sie vereinigt sind, und es folgt hieraus ebenso, daß es etwas Beliebiges ist, Mitglied des Staates zu sein. – Er hat aber ein ganz anderes Verhältnis zum Individuum; indem er objektiver Geist ist, so hat das Individuum selbst nur Objektivität, Wahrheit und Sittlichkeit, als es ein Glied desselben ist.“ (Hervorhebung im Original). Zum (geistes-)geschichtlichen Hintergrund von *Hegels* Begriff der „bürgerlichen Gesellschaft“ siehe *Riedel*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 77, 80–108.

⁴² *v. Stein*, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. I (1850), S. XXIX–XLIV. Zu *Steins* Rolle für die Abgrenzung siehe Böckenförde, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 131 ff.

⁴³ Dieser Begriff wurde erst nachträglich geprägt durch *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75 ff.

⁴⁴ Beispielfhaft *v. Seydel*, Das Staatsrecht des Königreichs Bayern³ (1903), S. 19: „[Das Königtum] leitet seine Gewalt aus keiner Rechtsquelle, insbesondere aus keiner Uebertragung durch das Volk oder den ‚Staat‘ ab. Es herrscht aus eigener Macht und eben deshalb kennt diese Macht kein Gebiet, das rechtlich ihrer Einwirkung entzogen wäre. Die Staatsgewalt bestimmt den Umfang ihrer Tätigkeit selbst.“

⁴⁵ Besonders deutlich wird diese Auffassung bei *Rieker*, Zeitschrift für Litteratur und Geschichte der Staatswissenschaften 2 (1894), 14, 64, der im Parlament „nicht die Repräsentation des Volkes in seiner politischen Einheit, sondern vielmehr nach seinen verschiedenen Elementen, eine soziale Interessenvertretung“ sah.

⁴⁶ *Rupp*, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 31 Rn. 7.

Die Gegenbewegung findet sich im Nationalsozialismus⁴⁷ und im sozialistischen Staatswesen der DDR. In der DDR war die Überwindung der Dichotomie von Staat und Gesellschaft durch die Errichtung einer „Diktatur des Proletariats“ Ziel der Politik.⁴⁸ Damit blieb für das Privatrecht nur die Rolle, „den Bereich der staatlich organisierten und gelenkten Versorgung der Bevölkerung mit Konsumgütern und kulturellen Leistungen“ „an dessen Endstelle, der individuellen Konsumtion der Bevölkerung“, zu regeln.⁴⁹ Auch jenseits des Vermögensrechts wurde das Privatrecht „als Instrument der Gesellschaftsgestaltung“ begriffen.⁵⁰

Unter der demokratischen Staatsordnung des Grundgesetzes, die die „bürgerlichen Freiheiten“ als grundrechtliche Abwehrrechte gegenüber dem Staat gewährleistet, hat die Abgrenzung von Staat und Gesellschaft ihre ursprüngliche Funktion eingebüßt. Vor diesem Hintergrund hat insbesondere *Horst Ehmke* gefordert, die Unterscheidung zugunsten eines Einheitsbegriffs des Staates „im weiteren Sinne“ aufzugeben, der in sich die Kategorien „politisches Gemeinwesen“ und „government“ umfasst.⁵¹ Die ganz überwiegende staatsrechtliche Lehre spricht allerdings – gerade auch als Abgrenzung zu totalitären Staatsformen⁵² – der Zweiteilung von Staat und Gesellschaft auch im Rahmen des Grundgesetzes weiterhin eine grundlegende verfassungsrechtliche Bedeutung zu.⁵³ „Gesell-

⁴⁷ Dazu *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (1987), S. 373, 391: „Mit dem totalen Staat entfiel [...] die Unterscheidung von privater und öffentlicher Sphäre, privatem und öffentlichem Recht“. Beispielhaft *E. R. Huber*, ZgS 1938, 310, 312.

⁴⁸ Siehe z. B. *Bücher-Uhder/Hieblinger/Menzel*, Staat und Recht 12 (1963), 283, 293: „Also muß im System der Staatsrechtswissenschaft der DDR notwendigerweise folgen, daß der sozialistische Staat, die Arbeiter-und-Bauern-Macht, seinem Wesen nach die politische und ökonomische Herrschaft der mit der Bauernschaft und den anderen werktätigen Schichten verbündeten und von der SED geführten Arbeiterklasse ist.“ In der Konsequenz gab es nicht nur so genannte „Grundrechte“, sondern auch *Grundpflichten* der Bürger, die „sich unmittelbar aus der politischen und ökonomischen Herrschaft des Volkes ab[leiten]“; ebd., S. 294.

⁴⁹ *Uebeler*, DtZ 1990, 10, 12.

⁵⁰ Beispielhaft *Schneider*, PVS Sonderheft Nr. 36 (2006), S. 601 ff. für das Familienrecht der DDR.

⁵¹ *Ehmke*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976), S. 241, 267, 269 f. Gegen die Trennung von Staat und Gesellschaft auch *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 80; *Graf von Krockow*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976), S. 432 ff.; *Schneider*, NJW 1999, 1497, 1498 f. Radikal anders *Teubner*, ZaöRV 63 (2003), 1 ff., der angesichts einer „Konstitutionalisierung ohne Staat“ globale Zivilverfassungen als weltgesellschaftliche Teilverfassungen jenseits der hergebrachten Unterscheidung von Staat und Gesellschaft identifiziert.

⁵² Zu diesem Aspekt siehe etwa *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit (1973), S. 9, 33, 35–37; *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873; *Hesse*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976), S. 484, 491.

⁵³ *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit (1973), S. 21–46; *ders.*, in: ders. (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976), S. 395, 411–431; *Di Fabio*, in: VVDStRL 56 (1997), S. 235, 275 f.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. II Rn. 50; *Herzog*, ebd. (Stand: 72. EL., 2014), Art. 20 Abschn. I Rn. 45; *Horn*, Die Verwaltung 26 (1993), 545 ff.; *Isensee*, in: Böckenförde (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft* (1976), S. 317 ff.; *P. Kirchhof*, in: Riesenhuber

schaft“ wird dabei als Oberbegriff für die grundrechtlich geschützten Freiheiten der Individuen verstanden.⁵⁴ Anders gewendet bedeutet dies, dass die Trennung von Staat und Gesellschaft zum Bestandteil der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes erhoben wird.

Es ist allerdings bereits zweifelhaft, ob die „Gesellschaft“ zutreffend charakterisiert wird, wenn man sie als durch die Summe der individuellen Freiheitsrechte konstituiert versteht.⁵⁵ Indem das BVerfG zwischen der Intim-/Privatsphäre und der Sozialsphäre als Bezugspunkt grundrechtlichen Schutzes unterscheidet,⁵⁶ erteilt es einer schematischen Zweiteilung Staat – Gesellschaft implizit eine Absage. Vor diesem Hintergrund stellt es eine unzulässige Verkürzung dar, den nichtstaatlichen Bereich pauschal als „Gesellschaft“ zu etikettieren und mit dem verfassungsrechtlich garantierten Kern individueller Selbstbestimmung gleichzusetzen. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährt dem einzelnen *Bürger* einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist und deshalb nicht Gegenstand regulatorischer Einflussnahme sein darf,⁵⁷ sei es in Form des Öffentlichen Rechts oder des Privatrechts. Soweit die private Lebensgestaltung in diesem Bereich auf rechtlich verbindliche Handlungsformen angewiesen ist, bedarf es der in dieser Studie so genannten „Infrastrukturfunktion“ des Privatrechts, denn der „grundrechtlich geschaffene Freiraum [wäre] ohne grundrechtsausfüllendes Privatrecht gesellschaftlich unbenutzbar“.⁵⁸ Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, das Privatrecht so auszugestalten, dass der Einzelne die ihm verfassungsrechtlich garantierten Freiräume auch tatsächlich nutzen kann.⁵⁹ Der Schutz dieser Freiräume und der damit verfassungsrechtlich verbundenen Funktionen des Privat-

(Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 83, 86; *Rupp*, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 31 Rn. 26; *R. Schmidt*, in: FS Scholz (2007), S. 889; *Zöllner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 69; zurückhaltender *Hesse*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 484, 488–502.

⁵⁴ Besonders deutlich bei *Isensee*, in: Böckenförde (Hrsg.), Staat und Gesellschaft (1976), S. 317, 322; *P. Kirchhof*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 83, 86; ähnlich *Böckenförde*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit (1973), S. 45 f.

⁵⁵ Vgl. *Engel*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II (2006), § 33 Rn. 15, der für die Selbstorganisation der Gesellschaft den Begriff der Autonomie in Abgrenzung zu den *individuellen* Freiheitsrechten verwendet: „[W]er Freiheit beansprucht, will nicht seinerseits Gesellschaft ordnen. Genau diese Ordnungsabsicht ist es, die Autonomie ausmacht.“ Zur Ablösung der „Gesellschaft“ durch professionelle Interessengruppen siehe *Ladeur*, Der Staat gegen die Gesellschaft (2006), S. 119–124.

⁵⁶ Grundlegend BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379.

⁵⁷ Ständige Rechtsprechung, z.B. BVerfGE 6, 32, 41; 27, 1, 6; 27, 344, 350; 80, 367, 373 f. Siehe dazu unten S. 303.

⁵⁸ *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), S. 192, 208.

⁵⁹ Vgl. *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 377–381 („staatliche Infrastrukturverantwortung“ zur Schaffung dispositiven Privatrechts). Siehe auch aus staatsrechtlicher Sicht *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005), S. 246 f.

rechts besagt aber nichts dazu, auf welche Weise der Staat das Privatrecht *jenseits* dieses unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung einsetzen darf. Aus der verfassungsrechtlichen Gebotenheit der Infrastruktur- und Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts für den durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Bereich kann, mit anderen Worten, nicht darauf geschlossen werden, dass der Staat jenseits des privaten Kernbereichs das Privatrecht ebenfalls nicht zu regulatorischen Zwecken einsetzen darf.⁶⁰

Aber auch dann, wenn man die Trennung von Staat und Gesellschaft als verfassungsrechtlich vorgegebene Zweiteilung akzeptiert, gilt im Ergebnis nichts anderes. Denn die Aufgabe der Unterscheidung besteht in wesentlicher Hinsicht darin, die Regulierung der Gesellschaft durch den Staat zu legitimieren und zu begrenzen. Damit sind die Rechtsstaatlichkeit und die Grundrechte als Eingriffsschranken angesprochen. Selbst wenn die Wirkungsweise der Grundrechte im Privatrecht nach wie vor als ungeklärt angesehen werden muss,⁶¹ ändert dies nichts daran, dass auch privatrechtliche Normen staatliche Gesetze sind, die den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes erfüllen und damit grundsätzlich geeignet sind, Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Übertragen auf die Abgrenzung von Staat und Gesellschaft, bedeutet dies, dass „staatlich“ nicht mit „öffentlich-rechtlich“, sondern mit „rechtlich“ gleichzusetzen ist.⁶² Privatrecht ist *staatliches* Recht in diesem Sinne⁶³ und kann deshalb grundsätzlich auch zu Regulierungszwecken eingesetzt werden.

II. Privatrecht als Mittel zur Erfüllung von Staatsaufgaben

Bislang wurde gezeigt, dass das Grundgesetz den Erlass regulatorischen Privatrechts als solchen nicht verbietet. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob der Gesetzgeber Privatrecht zur Steuerung in Bereichen einsetzen darf, die aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben einer staatlichen Regulierung bedürfen. Es geht also um die Frage, ob sich der Staat durch Privatisierung bzw. den Einsatz des Privatrechts von der *hohheitlichen* Aufgabenerfüllung zurückziehen darf,⁶⁴ oder, anders gewendet, ob das Regulierungsinstrument Privatrecht (ergänzend oder alternativ zum Öffentlichen Recht) zur Erfüllung von Staatsaufgaben geeignet ist.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 33, 367, 376 f.: „Als gemeinschaftsbezogener und gemeinschaftsgebundener Bürger muß vielmehr jedermann staatliche Maßnahmen hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigen.“ (interne Nachweise weggelassen).

⁶¹ Dazu ausführlich unten S. 265 ff.

⁶² Pointiert C. Möllers, Staat als Argument (2000), S. 303 f.

⁶³ Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea² (2006), S. 285.

⁶⁴ Nachdrücklich gegen die Zulässigkeit eines staatlichen Rückzugs z.B. Broß, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 3 ff.

1. Von der Staatsaufgabe zur staatlichen Verantwortung

Zur Beantwortung dieser Frage ist es erforderlich, zunächst darauf einzugehen, wann der Staat verpflichtet, wann berechtigt ist, einen Lebensbereich zu regulieren. Zu diesem Problemkomplex hat die Staatsrechtslehre unter dem Schlagwort der „Staatsaufgabe“ umfangreiche Theorien entwickelt, die in einem engen Zusammenhang mit der zuvor behandelten Unterscheidung von Staat und Gesellschaft stehen.

Demnach ist zu unterscheiden zwischen „öffentlichen Aufgaben“ im Allgemeinen, deren Erfüllung – durch die Gesellschaft oder den Staat – dem Gemeinwohl dient,⁶⁵ und der Untergruppe der „Staatsaufgaben“ – solchen öffentlichen Aufgaben, deren Erfüllung der Staat ganz oder teilweise übernommen hat. Kriterium für den Wandel einer öffentlichen Aufgabe zur Staatsaufgabe ist nach traditioneller Sichtweise die Wahrnehmung durch den Staat bzw. eine andere Körperschaft oder Anstalt des Öffentlichen Rechts nach Öffentlichem Recht⁶⁶ mit der Folge einer Grundrechtsbindung.

Historischer Ausgangspunkt der heutigen Staatsaufgabenlehre⁶⁷ ist die Lehre von den Staatszwecken,⁶⁸ die ihrerseits aus der philosophischen Rechtfertigung des Staates entsprang.⁶⁹ Während früher die Staatsaufgaben direkt aus einer Allzuständigkeit des Staates abgeleitet wurden,⁷⁰ dominiert heute das Verständnis von Staatsaufgaben als Verfassungsaufgaben.⁷¹ Obwohl das BVerfG und die meisten Autoren einen „formalen Staatsaufgabenbegriff“ vertreten – demzufolge der Staat jede öffentliche Aufgabe zu einer Staatsaufgabe machen kann, indem er sich „in irgendeiner Form“ mit ihrer Erfüllung befasst⁷² –, werden manche

⁶⁵ Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 14; Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002), S. 22; siehe auch Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz² (1977), S. 50, der von „gemeinwohlbezogenen Aufgaben“ spricht. Die Definition der „öffentlichen Aufgabe“ durch den Gemeinwohlbezug ist allerdings so lange problematisch, wie es keinen subsumtionsfähigen Gemeinwohlbegriff gibt. Kritisch zur Kategorie der „öffentlichen Aufgabe“ daher C. Möllers, Staat als Argument (2000), S. 319–323; Voßkuhle, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 273. Siehe dazu ausführlich unten S. 239 ff.

⁶⁶ Grundlegend Peters, in: FS Nipperdey (1965), Bd. II, S. 877, 880.

⁶⁷ Einführend Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73; Koriath, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 7–18.

⁶⁸ Siehe insbesondere Jellinek, Allgemeine Staatslehre³ (1914), S. 255–265.

⁶⁹ Vgl. Isensee, JZ 1999, 265 ff.; Schulze-Fielitz, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 11, 12–14; Stern, in: Bitburger Gespräche 1984 (1984), S. 5, 6; Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002), S. 57–75.

⁷⁰ Siehe stellvertretend Krüger, Allgemeine Staatslehre (1964), S. 760 f. Häufig wird die Allzuständigkeit als vorkonstitutionelle Eigenschaft des Staates gedeutet; siehe z. B. Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73 Rn. 44; dagegen Schulze-Fielitz, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 11, 14–16.

⁷¹ Grundlegend Häberle, AöR 111 (1986), 595, 600 ff.

⁷² BVerfGE 12, 205, 243; siehe auch Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz² (1977), S. 91; Burgi, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 75 Rn. 2; Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73 Rn. 13; C. Möllers, Staat als Argument (2000), S. 318; Schulze-Fielitz, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 11, 17.

Staatsaufgaben als „obligatorisch“ oder „notwendig“ eingestuft. Solche Staatsaufgaben sind dadurch gekennzeichnet, dass nur der Staat sie erfüllen kann.⁷³ Jenseits derjenigen Aufgaben, die den Staat selbst betreffen (z. B. Staatsfinanzierung oder Staatsorganisation) lassen sich aber wenige Bereiche finden, die eine *ausschließliche* Wahrnehmung durch den Staat erfordern.⁷⁴ Mit dem gleichen Problem sind Versuche konfrontiert, obligatorische Staatsaufgaben als Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols zu konzipieren, also aus der Notwendigkeit des Einsatzes von Hoheitsmitteln auf die zugrunde liegenden Aufgaben rückzuschließen.⁷⁵ Selbst Aufgaben wie die Gewährleistung der inneren Sicherheit oder die gerichtliche Streitentscheidung können – jedenfalls teilweise – durch Private erledigt werden.⁷⁶

Die Klassifizierung als „notwendige Staatsaufgabe“ führt zudem nicht dazu, dass der Staat auch *verpflichtet* wäre, sich der entsprechenden Aufgabe anzunehmen.⁷⁷ Derartige Verpflichtungen können sich jedoch aus spezifischen Verfassungsaufträgen oder Staatszielbestimmungen ergeben. Beispiele sind das Sozialstaatsziel (Art. 20 Abs. 1 GG), der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG), die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) oder die Pflicht zur Erreichung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 Abs. 2 GG).⁷⁸ Auch Grundrechte – insbesondere grundrechtliche Schutzpflichten – können Staatsaufgaben begründen.⁷⁹ Eine wirkliche Systematisierung der vom Staat verpflichtend zu er-

⁷³ Zur Unterscheidung von „exklusiven“ und „konkurrierenden“ Staatszwecken siehe bereits *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre³ (1914), S. 263. Zu den obligatorischen Staatsaufgaben aus heutiger Sicht *Burgi*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 75 Rn. 16; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben (2001), S. 190–339; *Isensee*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73 Rn. 29; *Stern*, in: Bitburger Gespräche 1984 (1984), S. 5, 16. Zur Kategorie der „unvertretbaren“ Staatsaufgaben siehe *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999), S. 59–61. Das BVerfG benutzt die Formulierungen „von Verfassungs wegen notwendige Staatsaufgabe“ (BVerfGE 95, 250, 265) und „originäre Staatsaufgaben“ (BVerfGE 73, 280, 292).

⁷⁴ Laut *Herzog*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 72 Rn. 37 stellt die Landesverteidigung das einzig denkbare Gebiet eines staatlichen Aufgabenmonopols dar. Selbst in diesem Bereich geht der Staat inzwischen aber weitreichende Kooperationen mit der Privatwirtschaft ein; vgl. *Wiater*, Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt (2013), S. 34–36 und passim.

⁷⁵ In diesem Sinne etwa *Burgi*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 75 Rn. 20; *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 591 f.; *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 12; siehe auch *Isensee*, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 15 Rn. 90. Kritisch *Leisner*, „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts (2007), S. 75–87.

⁷⁶ Ähnlich *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz² (1977), S. 100 f.

⁷⁷ *Isensee*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73 Rn. 13; *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 9; a. A. *Burgi*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 75 Rn. 16.

⁷⁸ *Isensee*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 73 Rn. 39; *Schulze-Fielitz*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts (1990), S. 11, 20 f.; *Stern*, in: Bitburger Gespräche 1984 (1984), S. 5, 16–19. Speziell zum Sozialstaatsprinzip auch *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz² (1977), S. 163–189.

⁷⁹ *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz² (1977), S. 155–162; *Häberle*, in: VVD-StRL 30 (1972), S. 43, 103–120; *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 18; *Schulze-Fielitz*, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungs-

füllenden Staatsaufgaben ist aber trotz langjähriger Diskussion bislang nicht gelungen,⁸⁰ vielmehr handelt es sich im Wesentlichen um eine *politische* Entscheidung, welcher Aufgaben sich der Staat annimmt. Die klassische Staatsaufgabenlehre hat deshalb kaum subsumtionsfähige Vorgaben hervorgebracht. So lässt sich im vorliegenden Zusammenhang lediglich festhalten, dass bestimmte Staatsaufgaben nicht mittels Privatrecht erfüllt werden können, nämlich solche, die den Staat selbst betreffen, also im Wesentlichen Staatsorganisation und Staatsfinanzierung. Bezüglich aller anderen Aufgaben lässt sich aus dem bisher Gesagten lediglich ableiten, dass der Staat nicht verpflichtet ist, diese Aufgaben zu erfüllen und/oder dass sie grundsätzlich auch durch Private erfüllt werden können.

Die klassische Staatsaufgabenlehre hat allerdings inzwischen vielfältige Ergänzungen und Korrekturen erfahren. Ausgangspunkt war die Erkenntnis, dass die veränderte Rolle des Nationalstaats in einer globalisierten Welt auch einen „Wandel der Staatsaufgaben“ bedingt.⁸¹ Die Überforderung gewachsener staatlicher Strukturen angesichts der neuen Herausforderungen führte zu einer Änderung des Staatsverständnisses vom „Leistungsstaat“⁸², über den „schlanken Staat“⁸³ hin zu einem „aktivierenden Staat“, der nicht mehr alle Leistungen selbst erbringt, sondern die Gesellschaft animiert, an der Problemlösung mitzuwirken.⁸⁴ Sichtbares Zeichen des veränderten Staatsverständnisses war die Privatisierungswelle der 1990er Jahre,⁸⁵ die sich aus staatsrechtlicher Sicht als „Privatisierung von Staatsaufgaben“ darstellte.⁸⁶ Vor dem Hintergrund der skizzierten klassischen Staatsaufgabenlehre warfen diese Veränderungen die Frage auf, ob sich der Staat durch Privatisierung einfach einer einmal wahrgenommenen Aufgabe entledigen darf.

fähigkeit des Rechts (1990), S. 11, 21; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002), S. 189–202. Siehe dazu auch unten S. 315 ff.

⁸⁰ *Leisner*, „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts (2007), S. 99 f.; *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat* (1999), S. 47, 58. Für den Versuch einer Systematisierung der Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz siehe aber *Bull*, *Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz*² (1977), S. 213–400; *Gramm*, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben* (2001), S. 190–339; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben* (2002), S. 97–205. Kritisch *Herzog*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 72 Rn. 1: „Eine abstrakte und damit allgemeingültige Lehre von den Staatsaufgaben ist oft versucht, aber nie erreicht worden.“

⁸¹ Grundlegend *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts* (1990), S. 291, 297–301.

⁸² *Häberle*, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43, 46–66.

⁸³ *Scholz*, in: FS Zacher (1998), S. 987 ff.

⁸⁴ *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47, 51.

⁸⁵ Dazu bereits oben S. 42 f.

⁸⁶ Siehe den Titel des Sammelbandes *Gusy* (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben* (1998) sowie *Burgi*, Gutachten D für den 67. DJT (2008), S. D14 f.; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben* (2002), S. 29–31; anders *Kämmerer*, *Privatisierung* (2001), S. 32, der stattdessen von „aufgabenbezogener Privatisierung“ spricht; vgl. ebd., S. 39 f.

Zur Lösung des Problems entwickelte die Staatsrechtslehre das Konzept der „staatlichen Verantwortung“,⁸⁷ welches zunächst als heuristisches Prinzip fungierte,⁸⁸ bald aber in die Rechtsdogmatik Einzug hielt. Demnach lassen sich mindestens drei Formen staatlicher Verantwortung unterscheiden: Erfüllungsverantwortung, Gewährleistungsverantwortung und Auffangverantwortung.⁸⁹ Während sich die Erfüllungsverantwortung dadurch auszeichnet, dass der Staat eine Aufgabe mit hoheitlichen Mitteln selbst erfüllt, und die Auffangverantwortung Situationen beschreibt, in welchen der Staat gänzlich untätig bleibt, aber die Entwicklung beobachtet, um ggf. einzugreifen, handelt es sich bei der Gewährleistungsverantwortung um eine Zwischenstufe, auf der der Staat darauf hinwirkt, dass öffentliche Aufgaben von Privaten gemeinwohlfördernd wahrgenommen werden.

Die Rede von der staatlichen Verantwortung ermöglicht eine differenziertere Auseinandersetzung mit der Art und Weise staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Es zeigt sich, dass das hoheitliche Handeln keineswegs die Grenze staatlicher Aufgabenerfüllung,⁹⁰ sondern lediglich einen, keinesfalls den einzig denkbaren Modus der Aufgabenwahrnehmung darstellt. Die vermeintlich klare Definition der Staatsaufgabe ist also zu modifizieren: Staatsaufgaben sollten nicht abstrakt, sondern mit Blick darauf betrachtet werden, *wie* sich der Staat ihre Wahrnehmung zu eigen macht.⁹¹ Die Gleichsetzung von Staatsaufgaben mit öffentlich-rechtlicher Erfüllung ist aufzugeben zugunsten einer differenzierten Betrachtung verschiedener Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung.

⁸⁷ Grundlegend *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47, 52–56; *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat* (1999), S. 47, 52–56; *ders.*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 270–306; *Weiß*, DVBl 2002, 1167, 1169–1173. Siehe auch bereits *Saladin*, *Verantwortung als Staatsprinzip* (1984), insbesondere S. 77–80. Kritisch zum Konzept *Klement*, *Verantwortung* (2006), S. 575–579 und passim.

⁸⁸ So ausdrücklich *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*² (2006), S. 170.

⁸⁹ *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47, 52–55; *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*² (2006), S. 171–174; *Schuppert*, *Die Verwaltung* 31 (1998), 415, 423–427; *Voßkuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 285; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben* (2002), S. 291–347.

⁹⁰ So aber die klassische Definition; siehe erneut *Peters*, in: FS Nipperdey (1965), Bd. II, S. 877, 880.

⁹¹ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts* (1990), S. 11, 17; *Voßkuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 275. Siehe auch BVerfGE 12, 205, 243: „Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe *in irgendeiner Form* befaßt, wird sie zu einer ‚staatlichen Aufgabe‘.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

2. Verengung der Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung auf das Handeln der Verwaltung

Die Weiterentwicklung der Staatsaufgabenlehre hin zur Identifizierung verschiedener Verantwortungsstufungen bzw. Typen der „Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten“⁹² hat den Blick darauf gelenkt, dass man unterschiedliche Formen staatlichen Handelns bei der Ausübung staatlicher Verantwortung unterscheiden kann. Als „Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung“ identifiziert *Helmuth Schulze-Fielitz* in einem grundlegenden Beitrag die „hoheitliche Aufgabenwahrnehmung“, die „kooperative Aufgabenwahrnehmung“, die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private“ und die „Verwaltung als Marktteilnehmer“.⁹³ Unter dem Schlagwort der kooperativen Aufgabenwahrnehmung werden Phänomene wie das Kooperationsprinzip im Umweltrecht,⁹⁴ die Beteiligung Privater an der Regelerarbeitung im Gesundheits- und Technikrecht⁹⁵ oder Public-Private-Partnerships⁹⁶ diskutiert. Dagegen fallen unter die Kategorie „private Aufgabenwahrnehmung“ z. B. die Verwaltungshilfe,⁹⁷ die Beleihung⁹⁸ oder auch die „regulierte Selbstregulierung“.⁹⁹ Gemeinsam ist allen diesen Handlungs-

⁹² Ausführlich zur Terminologie *Klement*, Verantwortung (2006), S. 57–62. Die Rede von einer „Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten“ geht zurück auf *Trute*, DVBl 1996, 950 ff.; *Schuppert*, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben (1998), S. 72, 427–432; *Voßkuhle*, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat (1999), S. 47 ff. Der Begriff ist allerdings konzeptionell problematisch, indem er insinuiert, dass die Verantwortung, welche die Privaten trifft, auf gleicher Ebene mit der staatlichen Verantwortung stehe, denn eine „Teilung“ setzt voraus, dass zuvor ein einheitliches Ganzes bestanden hat (im Gegensatz dazu moniert *Klement*, Verantwortung (2006), S. 59, dass der Begriff der Verantwortungsteilung den privaten Beitrag zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung unbenannt lasse und einseitig auf den Staat fokussiere). Die Verantwortung des Staates entspringt jedoch der Verfassung, während Private ihren Beitrag zur Gemeinwohlförderung im Rahmen der einfachen Rechtsordnung erbringen, die der Staat – in Wahrnehmung seiner Verantwortung! – entsprechend ausgeformt hat; vgl. auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee² (2006), S. 172 f. Es erscheint daher vorzugswürdig, jedenfalls auf verfassungsrechtlicher Ebene, allein auf unterschiedliche Ausprägungen staatlicher Verantwortung abzustellen.

⁹³ *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 12. Siehe auch die von *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 261, 300–304 identifizierten Grundtypen der Regulierung: (1) staatliche imperative Regulierung; (2) staatliche Regulierung unter Einbau selbstregulativer Elemente; (3) Staatlich regulierte Selbstregulierung; (4) Private Selbstregulierung.

⁹⁴ BVerfGE 98, 83, 100–105; 98, 106, 121–122; *Di Fabio*, NVwZ 1999, 1153 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee² (2006), S. 116 f.

⁹⁵ *Jarass*, BImSchG¹⁰ (2013), § 51a Rn. 6; *Kingreen*, NJW 2006, 877 ff.

⁹⁶ *Burgi*, Gutachten D für den 67. DJT (2008), S. D33–D41; *Ziekow*, VerwArch 97 (2006), 626 ff.

⁹⁷ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999), S. 145–174, 309–431.

⁹⁸ *Heintzen*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 240–243; *Voßkuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 299–304.

⁹⁹ Siehe die Beiträge in Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung Beiheft Nr. 4 (2001).

formen, dass damit eine Übernahme *öffentlich-rechtlicher* Pflichten durch den Privaten oder jedenfalls die öffentlich-rechtliche Letztverantwortlichkeit einer staatlichen Behörde verbunden ist. Damit ist zugleich ein Mindestmaß an Rechtsstaatlichkeit bei der staatlichen Aufgabenwahrnehmung gesichert.¹⁰⁰

Eine Aufgabenwahrnehmung durch Privatrecht, d. h. durch den Erlass generell-abstrakter Normen, die sodann allein durch gesellschaftliche Akteure durchgesetzt werden ohne Beteiligung einer Behörde, welche die gesellschaftliche Selbstregulierung ihrerseits reguliert oder zumindest beaufsichtigt, ist dagegen nicht vorgesehen.¹⁰¹ Vielmehr soll die *Verwaltung* eine besondere Verantwortung treffen,¹⁰² in Durchführung der Gesetze die „Gemeinwohlsicherung“ zu optimieren: So bestehe im Rahmen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung eine Überwachungs-, Regulierungs- und Förderungsverantwortung der Verwaltung, die bei einem völligen Fehlschlag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private in eine staatliche Auffang-, d. h. Erfüllungsverantwortung umschlage.¹⁰³ Selbst dort, wo der Staat nicht mehr unmittelbar öffentlich-rechtlich regelt, sondern nur noch „gewährleistet“, bedürfe es „einer experimentellen Beobachtung und der darauf basierenden strategischen Entscheidung zur Bindung von Ungewissheit durch eine [behördliche – A.H.] Optimierungsentscheidung.“¹⁰⁴

Es entsteht der Eindruck, der Staat könne sich einer öffentlichen Aufgabe nur dann annehmen, d. h. sie als „Staatsaufgabe“ erfüllen, wenn die Aufgabenwahrnehmung durch ein Mindestmaß *exekutiver* Kontrolle gekennzeichnet ist. Gleichzeitig wird die Staatsaufgabe damit zur Privatisierungsgrenze: Privatrechtsnormen, die auf Initiative Privater durch Zivilgerichte durchgesetzt werden, ohne dass Regierung oder Verwaltung die Möglichkeit haben, die Rechtsdurchsetzung zu forcieren, sollen kein geeignetes Mittel zur Wahrnehmung „staatlicher Verantwortung“ bzw. zur „Erfüllung von Staatsaufgaben“ sein.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Zur Sorge um die Erosion der Rechtsstaatlichkeit angesichts des Wandels der Staatsaufgaben siehe bereits Grimm, in: ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts* (1990), S. 291, 296–301.

¹⁰¹ Siehe Grimm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben* (2001), S. 392: Ein totaler Rückzug des Staates komme jedenfalls im Bereich notwendiger Staatsaufgaben nicht in Betracht.

¹⁰² Schulze-Fielitz, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 12 Rn. 1: „Regierung und Verwaltung [haben] eine primäre Verantwortung für die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰³ Schulze-Fielitz, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 12 Rn. 148–166.

¹⁰⁴ Ladeur, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 257, 283.

¹⁰⁵ Vgl. Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe* (1999), S. 208–210; ders., in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 75 Rn. 18; Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben* (2002), S. 345; siehe auch bereits Peters, in: FS Nipperdey (1965), Bd. II, S. 877, 880. Siehe aber Heintzen, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 260: „Es ist ein Widerspruch, freilich auch eine nahe liegende Versuchung, wenn der Staat private Fähigkeiten und Interessen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nutzen und zugleich die volle Kontrolle darüber behalten möchte; zwischen beidem muss ein Ausgleich gefunden werden.“

Eine solche Beschränkung der Modalitäten staatlicher Aufgabenerfüllung hat keinen verfassungsrechtlichen Rückhalt. Im Folgenden soll dargelegt werden, dass staatlich gesetztes und von den Zivilgerichten durchgesetztes Privatrecht ein dem Handeln der Verwaltung gleichberechtigter Modus der *staatlichen* Aufgabenwahrnehmung darstellt. Dazu ist es erforderlich, zunächst einen kurzen Exkurs zum Begriff des Gemeinwohls, der den gemeinsamen Bezugspunkt sowohl von öffentlichen Aufgaben als auch Staatsaufgaben bildet, einzuschieben.

Exkurs: Zum Begriff des Gemeinwohls

Die inhaltliche Bestimmung des Gemeinwohls bzw. des öffentlichen Interesses¹⁰⁶ bildet eine Grundfrage des Staatsrechts¹⁰⁷ wie der politischen Philosophie, weshalb an dieser Stelle keine umfassende Auseinandersetzung mit allen Facetten des Themas beabsichtigt ist.¹⁰⁸

Im vorliegenden Zusammenhang begegnet der Begriff des „Gemeinwohls“ als gemeinsamer Bezugspunkt von öffentlicher Aufgabe und Staatsaufgabe. Wie ausgeführt,¹⁰⁹ handelt es sich nach der gängigen Definition bei einer Staatsaufgabe um eine öffentliche Aufgabe, deren sich der Staat angenommen hat. Als öffentliche Aufgabe gilt dabei alles, was dem öffentlichen Interesse oder dem Gemeinwohl dient. Damit wird das Gemeinwohl zum materiellen Bestimmungsmerkmal sowohl der öffentlichen Aufgabe als auch der Staatsaufgabe. Selbst der formale Staatsaufgabenbegriff – demzufolge eine öffentliche Aufgabe dadurch zu einer Staatsaufgabe wird, dass sich der Staat damit befasst – inkorporiert über den Bezug auf die öffentliche Aufgabe den Gemeinwohlbegriff und damit ggf. dessen materielle Definitionsmerkmale. Die Auseinandersetzung mit der Frage, auf welche Art und Weise der Staat seinen Aufgaben nachkommen muss, bleibt deshalb so lange ohne gesicherten Bezugspunkt, wie nicht geklärt ist, welche inhaltlichen Charakteristika öffentliche Aufgaben aufweisen, was also unter „Gemeinwohl“ in diesem Zusammenhang zu verstehen ist.¹¹⁰

¹⁰⁶ Zur Austauschbarkeit der Begriffe siehe *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, Diss., München (1949), S. 7–10; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 22.

¹⁰⁷ Von einem „unendliche[n] Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben“ ist bei *Voßkuhle*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266, 273 die Rede.

¹⁰⁸ Einführend *Isensee*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 71; *Schuppert*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl (2002), S. 19 ff. sowie die Beiträge in den Sammelbänden *Münkler/Fischer* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht (2002) und *Münkler/Bluhm* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn (2002). Unter den monographischen Behandlungen sind insbesondere v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen (1977); *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, Diss., München (1949); *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970); *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969); v. *Zeischwitz*, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, Diss., Marburg (1967) zu nennen. Für aktuelle monographische Auseinandersetzungen siehe *Anderheiden*, Gemeinwohl in Republik und Union (2006) und *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse (1999).

¹⁰⁹ Siehe oben S. 233.

¹¹⁰ Der Topos „Gemeinwohl“ ist als solcher nicht auf den Staat beschränkt. *Isensee*, in:

Historisch überwogen die Versuche, das Gemeinwohl inhaltlich zu bestimmen, d. h. das öffentliche Interesse des Staates als a priori gegeben anzusehen.¹¹¹ Solche normativen Gemeinwohlbegriffe haben eine lange Tradition, entsprechende Definitionsversuche finden sich bereits bei *Platon* und *Aristoteles*.¹¹² Ein entscheidender Schritt bei der Entwicklung normativer Gemeinwohlkonzepte war die „theologische Imprägnierung“¹¹³ des Gemeinwohlbegriffs. Hier ist stellvertretend *Thomas von Aquin* zu nennen, dem zufolge die (naturrechtlich vorgegebenen) Gesetze dadurch charakterisiert seien, dass sie das Gemeinwohl („*bonum commune*“) verfolgen, wobei die von Gott gegebene Vernunft jedem Menschen ermögliche, diese Gesetze zu erkennen.¹¹⁴ Die religiöse Tradition des Gemeinwohlbegriffs findet heute noch ihren Widerhall in verfassungsrechtlichen Gottesbezügen, etwa der Präambel zum Grundgesetz, in der auf die „Verantwortung vor Gott“ und damit ausdrücklich auf überstaatliche Normen rekurriert wird.¹¹⁵ Religiöse Gemeinwohlbegriffe haben aber keineswegs allein historische Bedeutung, wie sich anhand des zu Beginn des 21. Jahrhunderts ausgetragenen Streits über den Gottesbezug der gescheiterten Europäischen Verfassung zeigt.¹¹⁶

Solche normativ apriorischen Gemeinwohldefinitionen sind notwendig „geschlossen“,¹¹⁷ d. h. sie erheben den Anspruch, unabhängig von den konkreten Umständen und den betroffenen Menschen zu gelten.¹¹⁸ Geschlossene Gemeinwohlpostulate führen aber zu dem Problem, dass es in einer pluralistischen Gesellschaft kaum möglich ist, Konsens über das Gemeinwohl zu erzielen. Infolgedessen sind Konflikte mit Andersdenkenden vorprogrammiert, die Bestimmung

HStR, Bd. IV³ (2006), § 71 Rn. 16 weist zu Recht darauf hin, dass auch nichtstaatliche Verbände sowie supra- und internationale Organisationen ein übergreifendes Gesamtinteresse haben können, welches man als „Gemeinwohl“ bezeichnen kann. Im Folgenden wird die Diskussion aber auf das Gemeinwohl staatlicher Verbände beschränkt.

¹¹¹ Für eine ausführliche Übersicht über die Gemeinwohlvorstellungen von der Antike bis zur Aufklärung siehe *Böckenförde*, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemein-sinn im Recht* (2002), S. 43, 44–62.

¹¹² In der „*Politeia*“, in der *Platon* die ideale Ordnung der Polis erkundet, wird das Gemeinwohl als das „Beste der Regierten“ bestimmt, welches zu verfolgen Ziel jeder wahrhaften Regierung sei; *Platon*, *Politeia*, I, 345 d-e; siehe auch *ders.*, *Nomoi*, IV, 715 b („*to koinon*“, das gemeinsame Beste, als Grundlage des Staates). Bei *Aristoteles* begründet das Streben nach dem Gemeinwohl – d. h. dem politisch Gerechten (vgl. *Aristoteles*, *Politik*, III 12, 1282 b 14–18; siehe dazu *Neschke-Hentschke*, in: Höffe (Hrsg.), *Aristoteles*, *Politik* (2001), S. 169, 182–184) – den entscheidenden Unterschied zwischen schlechten und guten Verfassungen; *Aristoteles*, *Politik*, III 6–8. Ausführlich zum Gemeinwohldiskurs im antiken Athen *Kirner*, in: Münkler/Bluhm (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemein-sinn* (2001), S. 31 ff.

¹¹³ *Link*, in: VVDStRL 48 (1990), S. 7, 20.

¹¹⁴ *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae*, I-II q. 90 a. 2 ad 3, a. 4 ad 1; siehe dazu *von der Pfordten*, in: FS Starck (2007), S. 99, 101–106.

¹¹⁵ Zu diesem Verständnis der Präambel siehe *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 73. EL., 2014), Präambel Rn. 17; ähnlich *P. M. Huber*, in: Sachs, GG⁷ (2014), Präambel Rn. 38.

¹¹⁶ Siehe dazu nur *Riedel*, EuR 2005, 676 ff.

¹¹⁷ Zur Terminologie siehe *Engel*, RTh 32 (2001), 23, 25–33.

¹¹⁸ Siehe aber *Isensee*, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 71 Rn. 9, der unter Bezug auf *Hegel* ausführt, dass das Gemeinwohl stets auf einen bestimmten Staat bezogen sei.

und Auslegung des Gemeinwohls wird zu einer Machtfrage.¹¹⁹ Derartige Gemeinwohlkonzepte passen offensichtlich nicht für freiheitlich organisierte, demokratische Gemeinwesen.

Ein Ausweg kann einerseits darin liegen, die Bindungskraft und rechtliche Relevanz verfassungsrechtlicher Gemeinwohlvorgaben zu dezimieren, indem diese von rechtlich subsumierbaren Vorgaben zu rein politischen Programmsätzen degradiert werden. Dies kann auch dadurch geschehen, dass man zwischen einem unbestimmten „Gemeinwohl“ im Singular und einzelnen „Gemeinwohlbelangen“, die etwa die Verwaltung bei ihren Entscheidungen abwägen muss, unterscheidet.¹²⁰ Der Fokus auf den konkreten Einzelfall enthebt von der Definition des allgemeinen Prinzips und macht dieses scheinbar obsolet.¹²¹ Allerdings wird es dann auch schwierig, Begriffe wie „öffentliche Aufgabe“ oder „Staatsaufgabe“ als verfassungsrechtliche Kategorien, die der Festlegung von Gemeinwohlbelangen durch den einfachen Gesetzgeber vorgelagert sind,¹²² mit einer sinnvollen Bedeutung zu erfüllen.

Andererseits oder zusätzlich ist es auch möglich, von geschlossenen zu „offenen“ Gemeinwohlkonzeptionen überzugehen.¹²³ Das bedeutet, dass aus der apriorischen Definition des Gemeinwohls eine Festlegung „ex processu“ wird,¹²⁴ ohne dass der Anspruch aufgegeben würde, eine inhaltliche Konkretisierung des öffentlichen Interesses zu erreichen.¹²⁵ Das Gemeinwohl wird so zum Ergebnis gesellschaftlicher oder demokratischer Prozesse, es ist nicht für alle Zeiten vor-

¹¹⁹ Vgl. Engel, RTh 32 (2001), 23, 32: „Geschlossene Gemeinwohldefinitionen lassen sich nur mit Gewalt durchsetzen und aufrecht erhalten.“

¹²⁰ So Hofmann, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht (2002), S. 25, 26, dem folgend Schuppert, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl (2002), S. 19, 28 f. Siehe dazu auch Klement, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff (2008), S. 99, 110–118.

¹²¹ Ablehnend Engel, RTh 32 (2001), 23, 34 („unterkomplex“).

¹²² Siehe aber Uerpman, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl (2002), S. 179, 180–184 für den Versuch, einzelne materielle Gemeinwohlkriterien aus dem Grundgesetz abzuleiten.

¹²³ Nach Link, in: VVDStRL 48 (1990), S. 7, 21 ist unter der Verfassungsordnung des Grundgesetzes kein Raum für eine „wissenschaftliche“ Bestimmung des bonum commune. Ähnlich BVerfGE 5, 85, 197: „Die freiheitliche Demokratie lehnt die Auffassung ab, daß die geschichtliche Entwicklung durch ein wissenschaftlich erkanntes Endziel determiniert sei und daß folglich auch die einzelnen Gemeinschaftsentscheidungen als Schritte zur Verwirklichung eines solchen Endzieles inhaltlich von diesem her bestimmt werden könnten.“

¹²⁴ Grundlegend zum pluralistischen und prozessualen Gemeinwohlbestand Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 54–60, 87–102; wichtige Vorarbeiten zur Pluralismus-Theorie bei Fraenkel, Deutschland und die westlichen Demokratien⁹ (2011), S. 279 und passim. Siehe auch bereits Dürig, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, Diss., München (1949), S. 66, der dafür eintritt, die Exekutive bei der Auslegung von Gesetzen an die „jeweiligen Bedürfnisse[] und Anschauungen der Menschen (Gesellschaft)“ zu binden. Dürig setzt allerdings nicht auf Verfahren, sondern will dem einzelnen Beamten die Ergründung des Gemeinwohls im Einzelfall überlassen; vgl. ebd., S. 74.

¹²⁵ Hierin liegt der entscheidende Unterschied zwischen offenen Gemeinwohldefinitionen und dem Rückzug auf inhaltlich entleerte Programmsätze; Engel, RTh 32 (2001), 23, 36–40;

gegeben, sondern kann im Wege derartiger Verfahren grundsätzlich jeden Inhalt annehmen, der dem jeweiligen Staat bzw. der jeweiligen Gesellschaft in der konkreten Situation angemessen erscheint;¹²⁶ äußere Grenzen bilden die Grundrechte.¹²⁷ Damit wandelt sich der Charakter des Gemeinwohls hin zu einer (*gesellschafts-*)*politischen Entscheidung*.¹²⁸ Die Bestimmung des Gemeinwohls wird zu einem Verfahrens- und Kompetenzproblem.¹²⁹

Das Verfahrens- und Kompetenzproblem stellt sich einerseits im Verhältnis der einzelnen Staatsgewalten zueinander, andererseits aber auch im Verhältnis von Staat und Bürgern. Im innerstaatlichen Bereich soll im Rahmen dieses Exkurses nur das Verhältnis von Exekutive und Legislative bei der Gemeinwohlbestimmung betrachtet werden.¹³⁰ Hier sichern die aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleiteten Figuren von Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, insbesondere der

Ladeur, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 257, 281 f.

¹²⁶ BVerfGE 33, 125; 159; *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 52; *Hofmann*, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht* (2002), S. 25, 30 f.; *Kotzur*, in: VVDStRL 69 (2010), S. 173, 184 f.; *Link*, in: VVDStRL 48 (1990), S. 7, 25 f.; *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 186 f.; *Uerpman*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl* (2002), S. 179, 184–188. Diese Gemeinwohltheorie weist offensichtliche Parallelen zur Habermasschen Diskursethik auf; siehe zu dieser z.B. *Habermas*, Faktizität und Geltung⁴ (1994), S. 135–151. Siehe auch aus systemtheoretischer Sicht *Horster*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 245 ff. (Gemeinwohl als Kontingenzformel). Anders aber *Anderheiden*, *Gemeinwohl in Republik und Union* (2006), S. 67–143, der aus den Grundrechten und dem Begriff der „kollektiven Güter“ ein materiales Gemeinwohlkonzept entwickelt; ähnlich *Brugger*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 17 ff. (Gemeinwohl als Zusammenspiel von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit). Für einen material-prozeduralen Gemeinwohlbegriff *Hartmann*, AöR 134 (2009), 1, 13–19.

¹²⁷ *Link*, in: VVDStRL 48 (1990), S. 7, 21. Siehe auch *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103 ff. (zum Gemeinwohl als legitimen Zweck im Rahmen des Übermaßverbots).

¹²⁸ Für eine politikwissenschaftliche Analyse der Rolle des Gemeinwohls im politischen Diskurs siehe *Bußhoff*, *Gemeinwohl als Wert und Norm* (2001), S. 79–114.

¹²⁹ *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 468–498, 499–507, 657–678; *Horn*, *Die Verwaltung* 26 (1993), 545, 550; *Kotzur*, in: VVDStRL 69 (2010), S. 173, 183–185; *Uerpman*, *Das öffentliche Interesse* (1999), S. 141–267. Siehe auch *Schuppert*, *GewArch* 2004, 441, 443 („Kampf um die Gemeinwohl-Definitions-kompetenz“). Kritisch *Anderheiden*, *Gemeinwohl in Republik und Union* (2006), S. 293–303.

¹³⁰ Im Rahmen von offenen Gemeinwohldefinitionen ist auch die Kompetenz des BVerfG, die gemeinwohlkonkretisierenden Abwägungsentscheidungen des Gesetzgebers zu korrigieren, theoretisch von besonderer Brisanz; grundlegende Kritik bei *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht* (1976), S. 190, 211, 217; kritisch zum Verhältnis von BVerfG und einfacher Gerichtsbarkeit bei der Kontrolle der Gemeinwohlkonkretisierung *Ossenbühl*, in: FS Hoppe (1996), S. 25, 38 („Kompetenzverschiebung durch Abwägung“); positiver zur Rolle des BVerfG bei der Gemeinwohlbestimmung *Grimm*, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht* (2002), S. 125, 130–138. Mit einer empirischen Untersuchung will *N. Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (2015), S. 136–165 den „Mythos vom Abwägungsgericht“ entlarven.

Grundsatz der Wesentlichkeit, das grundsätzliche Primat der Legislative, wobei es naturgemäß der Exekutive (und der Verwaltungsgerichtsbarkeit) überlassen bleibt, die Vorgaben für die Anwendung im Einzelfall zu konkretisieren.¹³¹ Damit ist das Parlament der Ort innerhalb des Staats, an dem der offene, pluralistische und prozessuale Gemeinwohlbegriff in erster Linie seine Konkretisierung erfährt.

Weniger klar beleuchtet ist die Kompetenzverteilung hinsichtlich der Gemeinwohlbestimmung zwischen Staat und Bürgern. Weitgehende Einigkeit herrscht nur insoweit, dass der Staat kein „Gemeinwohlmonopol“ besitzt.¹³² Dennoch wird dem Staat eine *vorrangige* Zuständigkeit zur Bestimmung des Gemeinwohls zugesprochen, gestützt auf die Annahme, dass jegliches staatliche Handeln letztlich der Verwirklichung des Gemeinwohls diene,¹³³ während Private der Versuchung unterliegen könnten, den Eigennutz vor das Gemeinwohl zu stellen.¹³⁴ Allerdings ist im Ergebnis anerkannt, dass sowohl die Definition als auch die Realisierung des Gemeinwohls ein arbeitsteiliger Prozess staatlicher und nicht-staatlicher Akteure im Gemeinwesen ist,¹³⁵ wobei in der Staatsrechtslehre vor allem die Beteiligung Privater an *staatlichen* Verfahren der Gemeinwohlbestimmung – z. B. durch Anhörungsrechte – diskutiert wird.¹³⁶

Inkorporiert man die geschilderte offene Gemeinwohldefinition in den Begriff der öffentlichen Aufgabe und damit auch der Staatsaufgabe, zeigt sich, dass es kein Monopol der Exekutive, ja nicht einmal des Staates geben kann, Staatsaufgaben zu definieren. Die Festlegung der Belange, deren sich Gesellschaft oder Staat annehmen sollen, ist (auch) ein gesellschaftlicher Prozess. Der offene Ge-

¹³¹ Hofmann, in: Münkler/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht (2002), S. 25, 33–36; W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 186 f.; 192–205; Schuppert, GewArch 2004, 441, 443.

¹³² Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999), S. 27; Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 214; Heintzen, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 237; Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 71 Rn. 110; Schuppert, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl (2002), S. 19, 23.

¹³³ Beispielhaft Art. 3 Abs. 1 S. 2 Verfassung des Freistaates Bayern: „[Der Staat] dient dem Gemeinwohl.“; siehe auch Isensee, JZ 1999, 265, 277; Kotzur, in: VVDStRL 69 (2010), S. 173, 184; Link, in: VVDStRL 48 (1990), S. 7, 19; Rupp, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 31 Rn. 30.

¹³⁴ Dem liegt letztlich die Unterscheidung von Rousseau zwischen dem auf das Gemeinwohl (l'intérêt commun) gerichteten „volonté générale“ und dem als Summe der Partikularinteressen definierten „volonté de tous“ zugrunde; vgl. Rousseau, Du Contrat Social (1762), S. 35 f. Grundlegend zum Konflikt von Gemeinwohl und Gruppeninteressen unter dem Grundgesetz v. Arnim, Gemeinwohl und Gruppeninteressen (1977). Siehe auch Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 71 Rn. 116–120. Grenzen des privaten Engagements für die Gemeinwohlverwirklichung werden insbesondere im Zusammenhang mit der marktwirtschaftlichen Betätigung Privater diskutiert, siehe z. B. P. Kirchhof, in: ders. (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb (2005), S. 1, 7–10, Lepsius, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? (2010), S. 25 ff. (im Zusammenhang mit der Finanzkrise).

¹³⁵ Siehe nur Isensee, in: HStR, Bd. IV³ (2006), § 71 Rn. 110–113.

¹³⁶ Grundlegend Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970), S. 87–95. Siehe auch Heintzen, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 238 f., dem zufolge eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl stets nur auf staatliche Veranlassung hin möglich ist.

meinwohlbegriff führt, soweit er über den Begriff der öffentlichen Aufgabe auch die Staatsaufgaben determiniert, folgerichtig zu der viel zitierten „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“:¹³⁷ Es ist nicht nur der Staat, sondern auch die Gesellschaft, die bestimmt, welche Belange zu öffentlichen Aufgaben oder Staatsaufgaben werden.

Welche Folgerungen lassen sich aus dem vorstehenden Exkurs für die Eignung des Privatrechts als Mittel zur staatlichen Aufgabenwahrnehmung ziehen?

Zunächst hat sich auf grundlegender Ebene erwiesen, dass sich eine zwingende staatliche oder sogar exekutive Letztverantwortlichkeit für die Erfüllung von Staatsaufgaben – jenseits des engen Bereichs von Staatsorganisation und Staatsfinanzierung – nicht aus der Gemeinwohlausrichtung der Staatsaufgaben bzw. der staatlichen Verantwortung ableiten lässt. Bei Zugrundelegung einer offenen Gemeinwohldefinition entscheiden die gesellschaftlichen Kräfte mit darüber, welche Belange zu „öffentlichen Aufgaben“ erhoben werden sollen. In diesem Sinne kann etwa durch zivilgesellschaftliches Engagement das Gemeinwohl gefördert werden, ohne dass der Staat an der Entscheidung darüber, welche Belange als förderungswürdig angesehen werden, oder an der eigentlichen Gemeinwohlverwirklichung beteiligt ist. Dennoch wären auch diese Arten der Gemeinwohlverfolgung ohne staatliche Mitwirkung nur erschwert oder gar nicht möglich. Insbesondere mit den Vorschriften des Vereins- und Stiftungsrechts,¹³⁸ aber auch mit dem Gemeinnützigkeitsrecht, stimuliert und erleichtert der Staat wichtige Initiativen zur Verwirklichung öffentlicher Aufgaben, man denke etwa an den Breitensport, Kunst und Kultur, Wissenschaft und Forschung u.v.m. Dies alles geschieht ohne eine behördliche Aufsicht oder Letztverantwortlichkeit der Verwaltung. Dagegen spielt das Privatrecht in diesem Bereich eine zentrale Rolle, die in der staatsrechtlichen Diskussion aber weitgehend ausgeblendet wird. Allerdings stehen dabei die Infrastruktur- und Interessenausgleichsfunktion im Vordergrund; als Regulierungsinstrument, mit welchem der Staat ein spezifisches Steuerungsziel verfolgt, kommt das Privatrecht im Bereich der (allein) gesellschaftlichen Gemeinwohlverwirklichung nur vereinzelt zum Einsatz, z. B. in Form der Haftungsprivilegierung für ehrenamtlich tätige Organwalter und Vereinsmitglieder gemäß §§ 31a, 31b BGB.¹³⁹

¹³⁷ Häberle, JZ 1975, 297 ff.

¹³⁸ Siehe auch Boettcher, ZöGU Beiheft Nr. 11 (1988), S. 83 ff. zur Rolle der Genossenschaften bei der Gemeinwohlsicherung.

¹³⁹ Vgl. RegE BT-Drucks. 16/10120, S. 6 (zu § 31a BGB): „Der Gesetzentwurf hat zum Ziel, die ehrenamtliche Übernahme von Leitungsfunktionen in Vereinen zu fördern und damit das bürgerschaftliche Engagement weiter zu stärken. [...] um zu verhindern, dass die derzeit geltenden Haftungsregelungen für diejenigen, die unentgeltlich Verantwortung in einem Verein übernehmen, zunehmend zu einem Hindernis für ehrenamtliches bürgerschaftliches Engagement werden, ist es notwendig, die Haftungsrisiken für ehrenamtlich tätige Vereinsvorstände auf ein für diese zumutbares Maß zu begrenzen.“ Ausführlich zum Ganzen Leuschner, NZG 2014, 281 ff.

Wichtiger sind aber die Schlussfolgerungen für den Bereich der eigentlichen *staatlichen* Aufgabenwahrnehmung. Hier herrscht zwar weitgehend Einigkeit, dass es zuvörderst Aufgabe der Legislative ist, im Rahmen der Gemeinwohlkonkretisierung Staatsaufgaben zu definieren und dabei zugleich die Art und Weise ihrer Wahrnehmung festzulegen. Entscheidet sich etwa ein Parlament dazu, die Bekämpfung der Wohnungsnot in Großstädten zu einer Staatsaufgabe zu machen, ist damit noch nicht determiniert, ob als Gegenmaßnahme Sozialwohnungen zu bauen sind, die anschließend in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren an Bedürftige vergeben werden, oder ob mittels einer „Mietpreisbremse“¹⁴⁰ wie im neuen § 556d Abs. 1 BGB privatrechtlich gegengesteuert wird. Obwohl dieser Befund mit Bezug auf Einzelbeispiele kaum umstritten sein dürfte, spiegelt er sich nicht in der Diskussion um die Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung wider.

Während nämlich die Staatsaufgabenlehre und das Konzept der staatlichen Verantwortung den Staat als Ganzes in den Blick nehmen,¹⁴¹ findet in der Diskussion beim Übergang auf die Handlungsebene eine Verschiebung vom Staats- zum Verwaltungsrecht statt.¹⁴² Im Mittelpunkt der identifizierten Arten der Aufgabenwahrnehmung stehen ausschließlich Formen der Kooperation zwischen *Verwaltung* und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.¹⁴³ Dadurch erfolgt zugleich eine implizite Vorfestlegung auf öffentlich-rechtliche Handlungsformen, die als solche nicht gerechtfertigt wird.

In der Sache ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb nicht auch das Privatrecht ein gleichberechtigter Modus staatlicher Aufgabenwahrnehmung sein sollte. Der Umstand, dass privatrechtliche Regulierung zu einer „staatsfernen“ Verwirklichung öffentlicher Aufgaben, d. h. einer solchen ohne Aufsicht durch Behörden, führt, stellt keinen relevanten Einwand dar. Auch privatrechtliche Gesetzgebung und die Rechtsdurchsetzung mittels der Zivilgerichtsbarkeit sind Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Es bleibt daher lediglich die Sorge, dass ohne Rückbindung an die Verwaltung ein flächendeckender Rechtsvollzug nicht sichergestellt sein könnte und damit die durch die Legislative als relevant bestimm-

¹⁴⁰ Siehe dazu nur den Überblick und die kritische Stellungnahme von *Schultz*, ZRP 2014, 37 ff.

¹⁴¹ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 30 Rn. 7: Staatsaufgabe als „Tätigkeit des Staates insgesamt in Abgrenzung zu anderen Handlungseinheiten“.

¹⁴² So ausdrücklich *Heintzen*, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220, 222–224. Die Ebenenverschiebung spiegelt sich auch in den einschlägigen Handbüchern: Während die Aufgaben des Staates im „Handbuch des Staatsrechts“ behandelt werden (vgl. *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), HStR, Bd. IV³ (2006)), finden sich die Abhandlungen über die Aufgabenwahrnehmung bei den „Grundlagen des Verwaltungsrechts“; vgl. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012) mit den Beiträgen *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 („Rechtsregime“); *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 12 („Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung“) sowie (aus dem zweiten Band des gleichen Sammelwerks) *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 33 („Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen“).

¹⁴³ Siehe oben S. 237 f.

ten Gemeinwohlbelange gar nicht oder nur teilweise verwirklicht werden könnten. Dies scheint der Hintergrund der Forderung nach einer Überwachungs-, Regulierungs- oder Förderungsverantwortung der Verwaltung¹⁴⁴ zu sein. Der obige Exkurs zeigt, dass diese herausgehobene Stellung der Verwaltung – und damit des Öffentlichen Rechts – im offenen Gemeinwohlbegriff als Grundlage von öffentlicher Aufgabe und Staatsaufgabe keine Stütze findet. Im Gegenteil: Weist der Gesetzgeber die Wahrnehmung von Staatsaufgaben der Exekutive zu, wird dieser häufig zugleich die Kompetenz zur Konkretisierung des Gemeinwohls übertragen (etwa in Form hoheitlicher Preisbestimmung im Rahmen der so genannten Regulierungsverwaltung¹⁴⁵). Damit droht aber die Gefahr, dass die Exekutive ihre Gemeinwohlvorstellungen verabsolutiert, im Extremfall gerät die Offenheit des pluralistischen und prozeduralen Gemeinwohlverständnisses durch Überbürokratisierung¹⁴⁶ in Gefahr.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die privatrechtliche Aufgabenerfüllung, d. h. der Erlass privatrechtlicher Rechtsnormen und die Übertragung der Rechtsdurchsetzung an die Zivilgesellschaft und Zivilgerichtsbarkeit, vor dem Hintergrund des offenen Gemeinwohlkonzepts der durch das Grundgesetz errichteten freiheitlich-demokratischen Grundordnung einer behördlichen Gemeinwohlkontrolle mindestens gleichwertig ist.

3. Staatliche Gewährleistungsverantwortung und privatrechtliche Aufgabenerfüllung

Hat sich also gezeigt, dass das Privatrecht einen dem Öffentlichen Recht gleichberechtigten Modus staatlicher Aufgabenwahrnehmung darstellt, geht es nun darum, die privatrechtliche Aufgabenerfüllung in den Kanon unterschiedlicher Formen staatlicher Verantwortung einzuordnen. Soweit in der öffentlich-rechtlichen Diskussion, trotz des gerade dargestellten Fokus auf administrative Verantwortungswahrnehmung, das Privatrecht explizit in den Blick gerät, wird es der Sache nach dem Typus der Auffangverantwortung zugewiesen, d. h. dem Bereich,

¹⁴⁴ Siehe erneut *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 12 Rn. 148–166.

¹⁴⁵ Das Problem besteht darin, dass die Verwaltung anstelle des Wettbewerbsprozesses Marktpreise festlegt mit dem Ziel, damit zugleich Gemeinwohlzwecke zu verwirklichen. Die Gesetzgebung kann dabei wenig tun als die relevanten Gemeinwohlziele abstrakt zu definieren, vgl. etwa *Kersten*, in: VVDStRL 69 (2010), S. 288, 319: „[D]ie Wettbewerbsstruktur [bietet] den instrumentellen Ansatzpunkt [...], um die sozialen, ökologischen, ökonomischen, technischen und territorialen Gemeinwohlziele in die Daseinsvorsorgemärkte zu implementieren.“ Die Benennung einer solchen Vielzahl unterschiedlicher, sich teils widersprechender Zielvorgaben führt dazu, dass die Verwaltung nahezu jedes Ergebnis als gesetzeskonform begründen kann und damit letztlich ihre eigenen Gemeinwohlvorstellungen und nicht die in einem öffentlichen Diskurs beschlossenen Belange verwirklicht.

¹⁴⁶ Zum Bonmot, „dass in zahlreichen Fällen Privatisierung entgegen Intention und Erwartungen eher mehr Verwaltung und mehr Bürokratie evoziert habe“, siehe *Waldhoff*, JZ 2012, 683.

in dem der Staat (zunächst) untätig bleibt und *gesellschaftliche* Lösungsansätze beobachtet, um bei deren Fehlschlägen steuernd einzugreifen.¹⁴⁷ Gerade im Bereich der Wirtschaftsregulierung wird so ein Gegensatz zwischen dem „naturwüchsigen“, „unregulierten“ Markt und der staatlichen Gemeinwohlerbringung aufgemacht.¹⁴⁸ Dabei wird aber übersehen, dass auch der vermeintlich unregulierte Wettbewerb (also Märkte, die keiner besonderen öffentlich-rechtlichen Regulierung oder Aufsicht unterliegen) auf *rechtlichen* Rahmenbedingungen aufbaut, die weder naturgegeben noch für den Staat unveränderbar sind, nämlich auf dem Privatrecht. Wettbewerb ist stets ein *rechtlich* strukturierter Prozess, es gibt keinen Markt ohne ein Mindestmaß an privatrechtlichen Grundregeln. Deshalb besteht aber auch stets ein Einfallstor für den staatlichen Gesetzgeber. Durch regulatorisches Privatrecht – etwa zwingende Verbraucherschutz- oder Gewährleistungsregeln – kann der Privatrechtsgesetzgeber einen erheblichen Einfluss auf den Wettbewerbsprozess und die Marktstruktur ausüben.¹⁴⁹

Regulatorisches Privatrecht ist deshalb weniger der Auffangverantwortung als dem Konzept der Gewährleistungsverantwortung zuzurechnen. Dieses lässt sich ohne große Modifikationen auf die privatrechtliche Aufgabenerfüllung erstrecken. So schreiben die gängigen Definitionen der Gewährleistungsverantwortung lediglich das Ziel fest, nämlich die staatliche Steuerung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Private zum Zwecke der Gemeinwohlsicherung,¹⁵⁰ ohne bestimmte Steuerungsinstrumente zu benennen.¹⁵¹

Aber auch in der Sache handelt es sich beim regulatorischen Einsatz von Privatrecht um einen Fall staatlicher Gewährleistungsverantwortung. Durch die Gestaltung der Privatrechtsordnung – man denke an so unterschiedliche Regelungsmaterien wie vorvertragliche Aufklärungspflichten, deliktsrechtliche Haftungs- und Unterlassungstatbestände oder gesetzliche Unterhaltungspflichten – setzt der Gesetzgeber Privaten gezielt Anreize, sich gemeinwohlkonform zu verhalten

¹⁴⁷ Vgl. *Broß*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 3, 5; *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47, 54 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea² (2006), S. 171; siehe auch *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 261, 308 f.; der Sache nach auch *Lepsius*, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? (2010), S. 25, 27 (der allerdings von „Gewährleistungsverantwortung“ spricht).

¹⁴⁸ Besonders deutlich bei *Broß*, JZ 2003, 874, 875; *ders.*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 3, 5; *Lepsius*, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? (2010), S. 25, 27 f. Siehe auch die Gegenüberstellung des „politisch-etatistischen“ und des „liberalen“ Gemeinwohlverständnisses bei *Schweitzer*, in: Becker/Schwarze (Hrsg.), Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt (2010), S. 1–3.

¹⁴⁹ Siehe oben S. 114 ff. zur Regulierung von Teilmärkten mittels Kaufrecht.

¹⁵⁰ In diesem Sinne z.B. *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel (2000), S. 47, 54; *Schuppert*, Die Verwaltung 31 (1998), 415, 425; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben (2002), S. 298–300.

¹⁵¹ Anders aber *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea² (2006), S. 172: „Gewährleistungsverantwortung wird wirksam, wenn die *Exekutive* – regelmäßig im Rahmen gesetzlicher Vorgaben – darauf hinwirkt, daß öffentliche Aufgaben von Privaten gemeinwohlförderlich wahrgenommen werden.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

bzw. andere Private durch die Geltendmachung subjektiver Rechte an gemeinwohlwidrigem Tun zu hindern.

Teilweise wird allerdings eingewandt, dass das Privatrecht zur präventiven Steuerung – und damit zur Regulierung – weniger geeignet sei als das Öffentliche Recht. In diesem Sinne folgert *Eberhard Schmidt-Aßmann* aus dem Vorrang des Primärrechtsschutzes die Unzulässigkeit einer (alleinigen) Regulierung mittels privatrechtlicher Haftungsvorschriften.¹⁵² Dieser Einwand kann im Ergebnis jedoch nicht überzeugen. Der Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes trifft keine allgemeine Aussage über das Verhältnis unterschiedlicher rechtlicher Steuerungsinstrumente, sondern betrifft spezifisch das Verhältnis von *verwaltungsrechtlichem* Primärrechtsschutz und Staatshaftung. Im Kern dient der Vorrang des Primärrechtsschutzes der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, indem der Bürger gezwungen wird, gegen rechtswidriges Verhalten des Staats als solches vorzugehen und damit Verwaltungsunrecht zu unterbinden, und dieses nicht nur im Wege des „Dulde und Liquidiere“ (zumeist ohne eine persönliche Haftung der für den Staat handelnden Personen) zu kompensieren.¹⁵³ Diese Schutzrichtung ist aber gar nicht betroffen, wenn es um Haftungsansprüche zwischen Privaten geht. In diesem Fall existiert kein rechtsstaatliches Interesse daran, die Rechtswidrigkeit einer Handlung als solche festzustellen und die formelle Aufhebung der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände zu erreichen. Entscheidend ist vielmehr allein die Abschreckungswirkung der potentiellen Haftung auf mögliche Rechtsverletzer. Insoweit besteht aber kein grundlegender Unterschied zur präventiven Steuerung mittels Öffentlichem Recht, denn auch dort muss der Staat vorrangig auf die Abschreckungskraft von Geldbußen und vollstreckungsrechtlichen Kostentragungsregelungen setzen, die sich in ihrer Wirkung auf den Rechtsverletzer nicht grundsätzlich von einem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch unterscheiden. Die offenbar als prototypisch unterstellte Situation, dass ein Beamter (etwa ein Polizeivollzugsbeamter) vor Ort ist und mögliches rechtswidriges Handeln direkt verhindert, dürfte bezogen auf die Gesamtheit der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung nicht häufiger vorkommen als der privatrechtliche Komplementärfall, dass ein Privater von einer drohenden Rechtsverletzung erfährt und mittels privatrechtlichen einstweiligen Rechtsschutzes dagegen vorgeht.

Damit hat sich also gezeigt, dass das Privatrecht grundsätzlich als Mittel zur Aufgabenerfüllung im Rahmen der staatlichen Gewährleistungsverantwortung geeignet ist.

¹⁵² *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 7, 22. Anders aber *Voßkuhle*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79, 82 f. mit Fn. 27.

¹⁵³ BVerfGE 58, 300, 322–324; 100, 226, 246; *Erbguth*, in: VVDStRL 61 (2002), S. 221, 227–233. Andernorts betont auch *Schmidt-Aßmann* diese Funktion des Vorrangs des Primärrechtsschutzes; vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 19 Abs. 4 Rn. 28.

Geringe Einschränkungen ergeben sich aus Art. 33 Abs. 4 GG, demzufolge die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Diese Regelung findet allerdings ohnehin nur dann Anwendung, wenn eine Partei den Rahmen des klassischen Privatrechts verlässt und hoheitliche Befugnisse (etwa im Strafvollzug, in der Zwangsvollstreckung oder bei der privatisierten Flugsicherung) ausübt,¹⁵⁴ und entfaltet daher keine Wirkung für den hier betrachteten Fall, dass der Staat Privatrecht zu regulatorischen Zwecken im privaten Gleichordnungsverhältnis einsetzt.

Gewisse inhaltliche Grenzen der (alleinigen) staatlichen Aufgabenerfüllung mittels Privatrecht ergeben sich aber aus den aus der Grundrechtsordnung herzuleitenden Schutzpflichten.¹⁵⁵ Nach der Rechtsprechung des BVerfG können sich diese Schutzpflichten in Anbetracht besonders hoch stehender Grundrechtsgüter wie des (ungeborenen) Lebens im Einzelfall zu einer „relativen“ Verpflichtung zur Verwendung strafrechtlicher Abschreckungsinstrumente verdichten.¹⁵⁶ Maßgeblich für einen solchen Ausnahmefall sind nach der Rechtsprechung des BVerfG auf Tatbestandsseite Wert und Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes, auf Rechtsfolgenseite die Effektivität des Regelungsmittels. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Staat nicht berechtigt wäre, ergänzend privatrechtliche Präventionsmittel – etwa Schadensersatzansprüche – vorzusehen. Maßgeblich ist vielmehr allein der durch den Regelungsmix erreichte Steuerungseffekt.¹⁵⁷

III. Staatsrechtliche Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit des regulatorischen Einsatzes von Privatrecht und der Eignung regulatorischen Privatrechts zur staatlichen Aufgabenerfüllung im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung enthält das Grundgesetz einige Grenzen der Regulierung mittels Privatrecht. Hier sind zunächst Einschränkungen aufgrund der grundgesetzlichen Kompetenzordnung zu nennen, welche den Bereich der Gefahrenabwehr grundsätzlich den Ländern zugewiesen hat (dazu unter 1.). Sofern das Privatrecht einzelnen Privaten zur Verwirklichung

¹⁵⁴ Insoweit hat das BVerfG zudem eine weitreichende Privatisierung (im Fall ging es um Aufgaben des Maßregelvollzugs) zugelassen; vgl. BVerfGE 130, 76; dazu *Waldhoff*, JZ 2012, 683 ff. Ausführlich zum Ganzen auch *Burgi*, Gutachten D für den 67. DJT (2008), S. D56–D69.

¹⁵⁵ Grundlegend BVerfGE 49, 89, 140–143, insbesondere S. 142: „Daraus [i. e. aus den Grundrechten als objektivrechtliche Wertentscheidungen der Verfassung; A.H.] können sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten ergeben, die es gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, daß auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt.“

¹⁵⁶ BVerfGE 39, 1, 46 f.

¹⁵⁷ Ausführlich zum Ganzen unten S. 605 ff.

einer regulatorischen Intention besondere Belastungen auferlegt, ist nach den verfassungsrechtlichen Grenzen einer solchen Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben zu fragen (dazu unter 2.). Schließlich ist zu untersuchen, welche Begrenzungen sich – gerade beim Zusammenspiel zwischen regulatorischem Privatrecht und anderen Steuerungsinstrumenten – aus den Grundsätzen der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ergeben (dazu unter 3.).

1. Grenzen aufgrund der Kompetenzordnung

Erste Grenzen für den regulatorischen Einsatz von Privatrecht können sich aus den Gesetzgebungskompetenzen ergeben. Denkbar ist insbesondere ein Konflikt regulatorischen Privatrechts mit dem Recht der Gefahrenabwehr, für welches die Länder die Gesetzgebungskompetenz besitzen.¹⁵⁸ Die Abgrenzung zwischen der Gestaltung von Individualbeziehungen und der Gefahrenabwehr kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten.¹⁵⁹

Allerdings bestimmt sich die Zuordnung eines Gesetzes zu einem Kompetenztitel nach der bereits referierten Rechtsprechung des BVerfG allein nach dem „Regelungsgegenstand und -gehalt“ des Gesetzes.¹⁶⁰ Daraus folgt, dass privatrechtliche Regelungen nicht allein deshalb kompetenzwidrig sind, weil sie zugleich Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entgegenwirken; selbst ein primär gefahrenabwehrender Lenkungszweck führt nicht zu einem Kompetenzverstoß.¹⁶¹ Es ist vielmehr anerkannt, dass der Bund im Zusammenhang mit der Regelung einer Sachmaterie auch Vorschriften zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in diesem Sachbereich erlassen darf.¹⁶² Ein solcher Sachbereich kann auch das Recht der Individualrechtsverhältnisse sein.¹⁶³ So ist etwa die Abwehr der Verletzung privater Rechte, z. B. die Störerhaftung gemäß § 1004 BGB (analog), traditionell dem Kernbereich des Bürgerlichen Rechts zugewiesen.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Zur Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Bereich der Gefahrenabwehr siehe nur BVerfGE 3, 407, 433; 8, 143, 150; 100, 313, 369; 109, 190, 215; *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 70 Rn. 111.

¹⁵⁹ *Bothe*, in: AK-GG³ (Stand: August 2002), Art. 74 Rn. 2 a.E.

¹⁶⁰ Siehe oben S. 227 mit Fn. 26.

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 98, 106, 118: „Eine steuerrechtliche Regelung, die Lenkungswirkungen in einem nicht steuerlichen Kompetenzbereich entfaltet, setzt keine zur Steuergesetzgebungskompetenz hinzutretende Sachkompetenz voraus.“

¹⁶² BVerfGE 8, 143, 149 f.; 109, 190, 215. Allgemein zur Überschneidung von Zuständigkeiten auch BVerfGE 98, 145, 158.

¹⁶³ Vgl. BVerwGE 108, 269, 271 f.: „Auf die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für das ‚bürgerliche Recht‘ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) gestützte Rechtsnormen und ihre Auslegung sind nicht bereits dann kompetenzwidrig, wenn sie sich auf das öffentlich-rechtliche Ordnungsrecht, das in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt, auswirken können. Die Abgrenzung der Regelungsmaterien kann vielmehr nur nach inhaltlichen Gesichtspunkten erfolgen.“

¹⁶⁴ Zu den römischrechtlichen Grundlagen privatrechtlicher Störerabwehr (*actio negatoria*) siehe nur *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch (1972), S. 62–64.

Die kompetenzrechtliche Grenze ist deshalb erst dann überschritten, wenn die Norm schwerpunktmäßig die Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit ohne Bezug zum Schutz subjektiver Rechte betrifft. In diesem Sinne kennt etwa das US-Recht Klagen Privater im alleinigen Interesse des Gemeinwohls.¹⁶⁵ Das deutsche Recht kennt keine entsprechenden Rechtsinstitute, so dass Normen des existierenden regulatorischen Privatrechts nicht an der fehlenden Gesetzgebungskompetenz scheitern. Am nächsten kommt einer solchen privaten Rechtsdurchsetzung im Interesse der Allgemeinheit die Verbandsklage nach dem UKlaG. Vor dem Hintergrund der hier behandelten Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Privatrecht überrascht es nicht, dass die Rechtsnatur der zivilprozessualen Verbandsklage umstritten ist.¹⁶⁶ Letztlich hat der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes die Frage dezisionistisch entschieden, indem er den klageberechtigten Verbänden in §§ 1, 2 UKlaG (siehe inzwischen auch § 1a UKlaG) jeweils einen materiell-rechtlichen, d. h. auch außergerichtlich geltend zu machenden Unterlassungsanspruch eingeräumt hat.¹⁶⁷ Damit entsteht ein Individualrechtsverhältnis zwischen Verband und dem Rechtsverletzer, so dass einer Qualifikation des Unterlassungsanspruchs als Privatrecht verfassungsrechtlich nichts im Wege steht.¹⁶⁸ Dass ein solcher Anspruch allein mit dem Ziel geschaffen wurde, dem Verband eine individuelle Rechtsposition zu schaffen (wenn auch vorrangig im Interesse des Gemeinwohls) und so das Privatrecht als Rechtsdurchsetzungsmechanismus zu eröffnen, ist kein relevanter Einwand. Für die Einordnung als Privatrecht genügt, dass neben dem Gemeinwohlinteresse auch ein privates Interesse besteht, ohne dass dieses stets überwiegen müsste.¹⁶⁹ Denn es ist die durch das Privatinteresse verliehene *private* Entscheidungsmacht, die etwa determiniert, ob ein Verband gegen einen konkreten Rechtsverstoß klagt

¹⁶⁵ Siehe *Bucy*, 76 S. Cal. L. Rev. 1, 31–54 (2002), die so genannte „citizen suits“ und „qui tam actions“ unter dem False Claims Act behandelt. Erstere wurden als Reaktion auf die Befürchtung eines „regulatory capture“ (siehe dazu bereits oben S. 37) eingeführt und erlauben Privaten, gegen Umweltverschmutzung und Ähnliches vorzugehen; zweite wurden bereits 1863 eingeführt und erlauben Privaten (insbesondere so genannten Whistleblowern), Klagen wegen Betrugs zulasten des Staats zu erheben.

¹⁶⁶ Siehe einerseits *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht (2006), S. 243–275 (Verbandsklage als Klage ohne subjektives Recht und ohne Anspruch); *E. Schmidt*, NJW 1989, 1192, 1193 („keine dem zivilistischen Denken vertraute Einengung auf eine individuelle Verpflichtung mit reziproker Berechtigung, sondern die Beseitigung einer Allgemeingefährdung“); andererseits *Greger*, ZZP 113 (2000), 399, 403 f. (Anspruch des Verbands im materiellen Sinne); *Micklitz*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 1 UKlaG Rn. 3 („Doppelcharakter“).

¹⁶⁷ Dagegen vertritt *Halfmeier*, Popularklagen im Privatrecht (2006), S. 252 f. die Auffassung, der Gesetzgeber habe lediglich klarstellen wollen, dass die Verbandsklagekompetenz eine Regelung über die Aktivlegitimation und nicht Zulässigkeitsvoraussetzung sei.

¹⁶⁸ Allerdings hat sich der Gesetzgeber beim Erlass des UKlaG ausdrücklich auch auf die Gesetzgebungsbefugnis für das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) gestützt; vgl. RegE SMG BT-Drucks. 14/6040, S. 97.

¹⁶⁹ Zu den Grenzen der Interessentheorie zur Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht ausführlich unten S. 524 f.

oder nicht, wohingegen bei der Verfolgung reiner Gemeinwohlinteressen durch staatliche Behörden grundsätzlich das Legalitätsprinzip gilt.

2. Grenzen der Indienstnahme Privater

Nach klassischem Staatsverständnis erfüllt der Staat die ihm übertragenen Staatsaufgaben mit hoheitlichen Mitteln selbst bzw. in mittelbarer Verwaltung durch Anstalten oder Körperschaften des Öffentlichen Rechts.¹⁷⁰ Kehrseite dieser staatlichen Bereitstellung öffentlicher Güter ist der „Steuerstaat“, d. h. die Finanzierung der dadurch entstehenden Kosten mittels allgemeiner Steuern.¹⁷¹ Damit wird gewährleistet, dass alle Bürger gleichmäßig, nach ihrer Leistungsfähigkeit,¹⁷² die finanziellen Lasten der Staatsaufgaben tragen.

Entscheidet sich der Staat stattdessen, im Rahmen seiner Gewährleistungsverantwortung Private zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben heranzuziehen, können diese die dadurch entstehenden Kosten grundsätzlich nicht auf die Allgemeinheit umlegen. Vor diesem Hintergrund wird teilweise geltend gemacht, dass der Gesetzgeber speziellen verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen oder sogar einer Entschädigungspflicht bei der Indienstnahme Privater für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben unterliege, insbesondere wenn diesen dadurch besondere finanzielle Lasten entstehen.¹⁷³ Es ist deshalb zu untersuchen, ob der regulatorische Einsatz des Privatrechts als Modus staatlicher Gewährleistungsverantwortungswahrnehmung ebenfalls als Indienstnahme Privater in diesem Sinne verstanden werden muss und ob infolgedessen besondere Rechtfertigungsanforderungen oder sogar Entschädigungspflichten eingreifen.

Der Begriff der Indienstnahme Privater, der ursprünglich auf *Hans Peter Ipsen* zurückgeht,¹⁷⁴ wird in der Staatsrechtslehre inzwischen sehr weit verstanden. In einer aktuellen Monographie wird er wie folgt definiert:

Bei der Indienstnahme Privater wird einem „nicht-staatlichen Subjekt“ ohne dessen Willen einseitig durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes im öffentlichen Interesse ein Pflichtenstatus auferlegt, der Naturalleistungspflichten (einschließlich Verfahrensleistungen) zum Inhalt hat und dessen Erfüllung nicht allein eigene Angelegenheiten des Pflichtenträgers

¹⁷⁰ Peters, in: FS Nipperdey (1965), Bd. II, S. 877, 880. Ausführlich oben S. 233.

¹⁷¹ BVerfGE 78, 249, 266 f.; Vogel, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 30 Rn. 51. Ausführlich im vorliegenden Zusammenhang auch Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen (2012), S. 219–222 m. w. N.

¹⁷² Das BVerfG versteht das Leistungsfähigkeitsprinzip als besondere steuerrechtliche Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 GG; vgl. z. B. BVerfGE 61, 319, 343 f.; 66, 214, 223; 68, 287, 310; 74, 182, 200.

¹⁷³ Kube, Die Verwaltung 41 (2008), 1 ff.; v. Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (2007).

¹⁷⁴ Grundlegend H. P. Ipsen, in: FS Kaufmann (1950), S. 141 ff. Als Beispiele nennt Ipsen die Pflicht zur Abführung fremder Steuern (etwa der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber), die Pflicht des Arbeitgebers zur Abführung von Sozialversicherungsabgaben und die Pflichten der Kreditinstitute im Rahmen der Währungsumstellung; vgl. ebd., S. 145–149.

betrifft. Der Indienstgenommene bleibt Privatrechtssubjekt, wird nicht organisatorisch in die öffentliche Verwaltung integriert und nicht zum Einsatz ausschließlich dem Staat vorbehaltener öffentlich-rechtlicher Mittel berechtigt.¹⁷⁵

Diese Definition umfasst problemlos auch die Auferlegung privatrechtlicher Pflichten. Der arbeitsrechtliche Arbeitgeberzuschuss zum Mutterschaftsgeld gemäß § 14 Abs. 1 MuSchG ist etwa ein viel behandeltes Referenzbeispiel.¹⁷⁶ Es ist deshalb zu prüfen, welchen Rechtfertigungsanforderungen regulierende Privatrechtsnormen unterliegen, die eine Indienstnahme Privater bewirken.

Besondere Rechtfertigungsanforderungen postuliert insbesondere *Hanno Kube*, der – anknüpfend an die Rechtsprechung des BVerfG zu Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion¹⁷⁷ – eine Indienstnahme Privater für unzulässig bzw. kompensationspflichtig hält, sofern die Privaten (1) mit verhaltenslenkenden Pflichten belegt werden, die (2) eine finanzielle Belastungswirkung nach sich ziehen und (3) nicht lediglich die Freiheitsphären der Bürger voneinander abgrenzen, sondern „Gemeinwohlziele von außen an den insoweit untätigen Grundrechtsberechtigten herantragen“.¹⁷⁸ In Anwendung dieser Grundsätze hält *Kube* etwa die Beteiligung des Arbeitgebers an der Finanzierung des Mutterschutzes für verfassungswidrig. Es sei dem Arbeitgeber zwar zumutbar, die (werdende) Mutter freizustellen, nicht aber, auch die finanzielle Last dieser Freistellung zu tragen, „weil es insoweit am spezifischen Verantwortungskonnex zwischen seiner Grundrechtsposition und dem Gemeinwohlziel, der tatsächlichen Inanspruchnahme des Mutterschutzes, fehlt“.¹⁷⁹ Damit wäre es unzulässig, mittels regulatorischen Privatrechts (kompensationslos) solche Gemeinwohlziele zu verfolgen, die „von außen“ an den Privaten „herangetragen“ werden, für die also kein „spezifischer Verantwortungskonnex“ besteht. Demgegenüber verlangt die allgemeine Grundrechtsdogmatik lediglich, dass der Gesetzgeber, der mittels eines (Privatrechts-¹⁸⁰) Gesetzes in Grundrechtspositionen Privater eingreift, damit auf verhältnismäßige Art und Weise ein legitimes Ziel verfolgen muss; handelt

¹⁷⁵ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen (2012), S. 95.

¹⁷⁶ *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 108 f.; *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), 1, 18 f.; v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (2007), S. 114–134. Ein weiteres Beispiel aus dem regulatorischen Privatrecht ist die Pflicht des Mieters, gemäß §§ 536 Abs. 1a, 555d Abs. 1 i. V. m. § 555b Nr. 1 BGB energetische Sanierungen drei Monate lang entschädigungslos zu dulden (vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 17/10485, S. 13: „[Das Mietrecht] muss [...] die Ziele der Ressourcenschonung und des Klimaschutzes zur bestmöglichen Entfaltung bringen.“).

¹⁷⁷ Siehe dazu zusammenfassend BVerfGE 113, 128, 150 sowie *Schön / Hellgardt / Osterloh-Konrad*, WM 2010, 2145, 2147.

¹⁷⁸ *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), 1, 23–25 (Zitat auf S. 24); siehe auch v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (2007), S. 224–229, 816–819.

¹⁷⁹ *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), 1, 19; ebenso v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (2007), S. 811 f.

¹⁸⁰ Ausführlich zur Anwendbarkeit der Grundrechte im regulatorischen Privatrecht unter S. 286 ff.

es sich – wie im wirtschaftsrechtlichen Zusammenhang regelmäßig der Fall – um einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, genügt nach der Rechtsprechung des BVerfG, dass vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls den Eingriff zweckmäßig erscheinen lassen.¹⁸¹

Im Ergebnis ist es nicht überzeugend, über die allgemeine Grundrechtsdogmatik hinausgehende, besondere Rechtfertigungsanforderungen an die „Indienstnahme von Privaten“ zu stellen.¹⁸² Zunächst ist dieser Tatbestand so weit gefasst, dass er nahezu jede öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verhaltenspflicht, zumindest wenn sie fremd- oder gemeinnützig ist,¹⁸³ umfasst. Das von *Kube* vorgeschlagene Unterscheidungskriterium, ob der staatliche Eingriff lediglich dazu dient, die Freiheitsphären der Bürger voneinander abzugrenzen oder ob der Gesetzgeber damit weitergehende Steuerungsziele verfolgt,¹⁸⁴ ist nicht so eindeutig, wie es zunächst erscheinen mag,¹⁸⁵ und deshalb für die praktische Abgrenzung nicht geeignet.¹⁸⁶ Vor allem fehlt es aber an einer überzeugenden Grundlage dafür, die speziellen Anforderungen an Sonderabgaben auf allgemeine Grundrechtseingriffe zu übertragen. Die besondere Problematik der Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion besteht darin, dass diese Abgaben wie Steuern ohne Gegenleistung, aber außerhalb des Rahmens der Finanzverfassung erhoben werden, wodurch einerseits die Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen und andererseits die Budgethoheit des Parlaments gefährdet sein können.¹⁸⁷

¹⁸¹ So genannte Drei-Stufen-Theorie; grundlegend BVerfGE 7, 377, 405 f.

¹⁸² So auch BGHZ 201, 355, 362.

¹⁸³ Siehe zu diesem Kriterium *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen (2012), S. 85.

¹⁸⁴ Demnach soll eine Abgrenzung von Freiheitsphären etwa gegeben sein, wenn ein „gemeinwohlgefährdendes Handeln des Grundrechtsträgers selbst unterbunden“ oder seine „gefährdende Tätigkeit freiheitsordnenden Genehmigungsvorbehalten“ unterstellt wird, da es in diesen Fällen an einem „staatlich veranlassten Sonderopfer“ fehle; *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), 1, 9, 24.

¹⁸⁵ Vor dem Hintergrund des offenen Gemeinwohlkonzepts (siehe dazu oben S. 241 ff.) begegnet dieser Ansatz bereits deshalb Bedenken, weil die Klassifizierung einer Tätigkeit als „gemeinwohlgefährdend“ Ausfluss eines demokratischen Entscheidungsprozesses und damit im Laufe der Zeit wandelbar ist. Erscheint etwa das Verbot, Insiderinformationen zum eigenen finanziellen Vorteil zu nutzen (vgl. § 14 Abs. 1 WpHG), heute ohne weiteres als Verhinderung eines gemeinwohlgefährdenden Handelns, galt der Zugriff auf gewinnbringende Insiderinformationen lange Zeit nicht nur als nicht anrühig, sondern sogar als indirekte Vergütung des Managements (zur theoretischen Fundierung dieser Position siehe *Manne*, Insider Trading and the Stock Market (1966), S. 116–119, 131 ff.). Das erstmalige Verbot des Insiderhandels im Jahr 1995 kann deshalb ohne weiteres als „Sonderopfer“ der betroffenen Insider angesehen werden, indem diese zur Stärkung des Gemeinwohlbelangs „Kapitalmarkteffizienz“ gezwungen wurden, auf Teile der ihnen eigentlich zustehenden Vergütung zu verzichten.

¹⁸⁶ So lassen sich die meisten kostenträchtigen positiven Mitwirkungspflichten, die nach dem Konzept *Kubes* einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, rechtstechnisch dadurch rekonstruieren, dass alternative Handlungen mit einem „sphärenabgrenzenden“ Verbot belegt werden. So ist z. B. das Verbot, Müll in der freien Natur zu verklappen, wirkungsgleich mit der Pflicht, kostenpflichtige Müllverbrennungsanlagen zu benutzen.

¹⁸⁷ BVerfGE 113, 128, 149 f.

Ein solcher Eingriff in die Budgethoheit droht aber nicht, wenn der Staat nicht selbst Abgaben erhebt, sondern Privaten kostenträchtige Verpflichtungen gegenüber anderen Privaten auferlegt.¹⁸⁸ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass eine direkte Leistungspflicht zwischen Privaten, mit der öffentliche Aufgaben erfüllt werden, bei „wirkungsbezogener Betrachtung“ gleichwertig mit einer Besteuerung des Verpflichteten und anschließenden Subventionierung des Berechtigten sei und deshalb einen Kompetenzübergreif des Sachgesetzgebers in Steuergesetzgebungskompetenzen und in die Ausgabenbewilligungskompetenz des Haushaltsgesetzgebers darstelle.¹⁸⁹ Vielmehr enthält der Baukasten des Gesetzgebers viele verschiedene Werkzeuge, mit denen das gleiche Regulierungsziel auf unterschiedlichem Weg erreicht werden kann.¹⁹⁰ Der wesentliche *rechtliche*¹⁹¹ Unterschied zwischen diesen Werkzeugen besteht darin, dass sie unterschiedlichen Teilrechtsordnungen zugeordnet sind und deshalb die jeweiligen verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllen müssen.¹⁹² Es würde die Idee des grundsätzlich weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers¹⁹³ konterkarieren, wollte man die besonderen Zulässigkeitsanforderungen einzelner Instrumente auf wirkungsäquivalente Rechtsinstitute anderer Teilrechtsordnungen übertragen.

Speziell die Instrumente des regulatorischen Privatrechts haben häufig distributive Effekte. Werden etwa zwingende Verbraucherschutz- oder Gewährleistungsregeln, die nicht nur der konkreten berechtigten Partei dienen, sondern weitergehende Gemeinwohlziele verfolgen, eingeführt, haben diese finanzielle

¹⁸⁸ BVerfGE 114, 196, 249 f. (zu staatlichen Preisreglementierungen); *Drüen*, Die Indienstrafnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen (2012), S. 231 f.

¹⁸⁹ So aber *v. Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben (2007), S. 821–824, 825–827 (zur gesetzlichen Preisintervention).

¹⁹⁰ So könnten theoretisch sämtliche Haftungsnormen des Privatrechts durch ein System von öffentlich-rechtlichen Abgaben und staatlichen Transferleistungen ersetzt werden. Konkret könnte der Staat etwa, anstatt eine privatrechtliche Gefährdungshaftung für Produkthersteller vorzusehen (vgl. § 1 Abs. 1 ProdHaftG), eine staatliche Zwangsversicherung einführen, die von den Herstellern risikoadjustierte Beiträge erhebt und an die Geschädigten Auszahlungen entsprechend der Regelungen in §§ 6–11 ProdHaftG vornimmt. Es erschiene widersinnig, die Ersatzpflicht gemäß § 1 Abs. 1 ProdHaftG eines spezifischen Herstellers, dessen Produkte zufälligerweise besonders hohe Schäden verursacht haben, mit Verweis darauf für verfassungswidrig zu erklären, dass dieser im Rahmen des skizzierten Zwangsversicherungssystems niedrigere Prämien hätte zahlen müssen.

¹⁹¹ Zu den sonstigen Unterschieden ausführlich unten S. 565 ff.

¹⁹² Dazu (am Beispiel von Subventionen und Steuervergünstigungen) *Schön*, in: FS W. Spindler (2011), S. 189, 194–198.

¹⁹³ Siehe beispielhaft BVerfGE 103, 172, 189: „Die genannten Mittel waren und sind allesamt grundsätzlich geeignet [...]. Sie treffen unterschiedliche Personenkreise und haben unterschiedliche Folgen für die Volkswirtschaft. Die Auswahl solcher Maßnahmen obliegt dem Gesetzgeber, der bei der Erfüllung dieser komplexen Aufgabe einen besonders weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum hat.“ Siehe auch BGHZ 201, 355, 363. Zur grundsätzlichen Möglichkeit einer normativen Kontrolle siehe *Engel*, in: Brugger / Kirste / Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt (2002), S. 103, 140.

Belastungen der (Unternehmer-)Verkäufer zur Folge, die den Unternehmern Verluste bescheren können, sofern es ihnen nicht gelingt, die zusätzlichen Kosten über den Preis vollständig auf ihre Kunden zu überwälzen. Die im Privatrecht stets bestehende *Möglichkeit* einer solchen Kostenüberwälzung zeigt zugleich, dass nicht unbedingt der durch die Verhaltenspflicht Betroffene auch derjenige ist, den die finanzielle Belastungswirkung trifft, wovon aber das zuvor genannte Modell der „wirkungsbezogenen Betrachtung“ ausgeht. Wollte man gesetzliche Regelungen wegen der damit verbundenen distributiven Effekte für unzulässig oder ausgleichspflichtig erklären, würde der wirtschaftspolitische Spielraum des Gesetzgebers erheblich eingeengt, ohne dass dies sachlich zu rechtfertigen wäre. Denn auch der Status quo ist regelmäßig die distributive Konsequenz des Bestehens oder Nichtbestehens einer Verhaltenspflicht.¹⁹⁴ Zudem ist zu bedenken, dass sich die distributiven Wirkungen eines einzelnen Gesetzes häufig dadurch ausgleichen, dass unterschiedliche staatliche Interventionen wiederum andere Adressaten belasten, so dass sich insgesamt eine ungefähr gleichmäßige Belastung ergeben sollte. Aber selbst wenn diese Annahme in einem Einzelfall aufgrund der besonderen Schwere einer konkreten Belastung unplausibel erscheint, muss deshalb nicht die Auswahlentscheidung des Gesetzgebers als solche korrigiert oder eine besondere Kompensation vorgesehen werden.¹⁹⁵ Vielmehr lassen sich extreme Belastungen im Einzelfall ohne weiteres durch das Übermaßverbot als Teil des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips abfangen,¹⁹⁶ etwa indem eine Norm des regulatorischen Privatrechts teleologisch reduziert wird.

3. Gesetzgeberische Konsistenzpflichten als Regulierungsgrenzen

Schließlich können sich Grenzen für den regulatorischen Einsatz von Privatrecht aus der allgemeinen „Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung“¹⁹⁷ ergeben. Konkret geht es dabei um den so genannten Folgerichtigkeitsgrundsatz und das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.

¹⁹⁴ Dies lässt sich etwa anhand der kaufrechtlichen Gewährleistung zeigen: Es gibt keine naturrechtlich oder sonst vorgegebene Regel, derzufolge der Verkäufer grundsätzlich Gewährleistung schuldet (vgl. den „caveat emptor“-Grundsatz). Ob ein Rechtssystem eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers vorsieht oder nicht, ist deshalb eine politische Entscheidung mit erheblichen distributiven Auswirkungen. Dies gilt in gleicher Weise für die Reform des Gewährleistungsrechts, etwa den Übergang von der verschuldensunabhängigen Rechtsmängelgewährleistung zum System der §§ 435, 437 Nr. 3 BGB (vgl. dazu BGHZ 174, 61, 72).

¹⁹⁵ In diese Richtung aber Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 127.

¹⁹⁶ Ausführlich zu den Grenzen der Indienstnahme aufgrund des Übermaßverbots unten S. 310 ff.

¹⁹⁷ Bumke, *Der Staat* 49 (2010), 77, 91–95 (Rechtsstaatsgebot als Grundlage eines allgemeinen Konsistenzgebots). Zur Zunahme derartiger Rationalitätsanforderungen in den letzten Jahren siehe Grzeszick, in: VVDStRL 71 (2012), S. 49, 52 f.

a. Folgerichtigkeitsgrundsatz

Der Folgerichtigkeitsgrundsatz wurde vom BVerfG maßgeblich in seiner Rechtsprechung zum Steuerrecht entwickelt. Er konkretisiert den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG¹⁹⁸ in dem Sinne, dass der Gesetzgeber eine „einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit“ umsetzen muss.¹⁹⁹ Dies bedeutet, dass der Steuergesetzgeber zwar grundsätzlich frei entscheiden kann, welche Tatbestände er besteuern möchte. Durch die erstmalige Regelung bindet sich der Gesetzgeber aber selbst und kann diese Bindung in der Folge nur noch durch einen „Systemwechsel“²⁰⁰ wieder aufheben. Einzelne Regelungen, die noch keinen Systemwechsel herbeiführen, aber das bestehende System nicht „folgerichtig“ umsetzen, sind nichtig, wenn nicht ausnahmsweise besondere Rechtfertigungsgründe eingreifen.²⁰¹ In seinem Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten hat das BVerfG den Folgerichtigkeitsgrundsatz erstmals auch im Bereich regulierender Wirtschaftsgesetze zur Anwendung gebracht und eine „folgerichtige“ Reaktion des Gesetzgebers auf eine einmal getroffene Gefahreinschätzung verlangt.²⁰²

Ob in der verfassungsrechtlichen Forderung nach Folgerichtigkeit lediglich die Kehrseite der allgemeinen Gleichbehandlungspflicht gemäß Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen ist,²⁰³ erscheint fraglich.²⁰⁴ Denn der Folgerichtigkeitsgrundsatz erschöpft sich nicht in einem Regelungsvergleich, sondern trägt – unabhängig von einer entsprechenden gesetzgeberischen Intention²⁰⁵ – eine weitreichende Systematisierung an die gesetzlichen Regelungen heran und verlangt dann eine konsequente Umsetzung innerhalb des Systems.²⁰⁶ Damit ist die Folgerichtigkeit

¹⁹⁸ Im Steuerrecht hat die Kontrolle anhand des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes besondere Bedeutung, da die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Freiheitsgrundrechten weitgehend leerläuft, weil der Zweck der staatlichen Einnahmeerzielung bis zur Grenze der erdrosselnden Wirkung jede beliebige Steuer rechtfertigen kann; *Hey*, *StuW* 2015, 3, 14; *Osterloh*, in: *FS Bryde* (2013), S. 429, 437; *Schön*, *StuW* 2013, 289, 295–297.

¹⁹⁹ Ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BVerfGE 84, 239, 271; 93, 121, 136; 99, 88, 95.

²⁰⁰ BVerfGE 122, 210, 242 f.

²⁰¹ BVerfGE 122, 210, 231–233; 126, 268, 278. Zur rechtstheoretischen Bedeutung einer Rechtfertigungsmöglichkeit in diesem Zusammenhang *Engel*, in: *Engel/Daston* (Hrsg.), *Is there Value in Inconsistency?* (2006), S. 221, 228–231.

²⁰² BVerfGE 121, 317, 362 f.: „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigegeben wird.“ Zu den Unterschieden zwischen steuerrechtlicher und wirtschaftsrechtlicher Anwendung des Folgerichtigkeitsgrundsatzes *Hey*, *StuW* 2015, 3, 9.

²⁰³ So *Osterloh*, in: *FS Bryde* (2013), S. 429, 434 f. Zum Zusammenhang von Folgerichtigkeitsgrundsatz und demokratischer Kontrolle siehe *Schön*, in: *FS W. Spindler* (2011), S. 189, 198.

²⁰⁴ Zu Art. 3 Abs. 1 GG siehe ausführlich unten S. 296 ff.

²⁰⁵ Daher kritisch zum Konzept *Dann*, *Der Staat* 49 (2010), 630, 637 (vorrechtliches Verständnis von Vernünftigkeit und Kohärenz); *Leisner-Egensperger*, *DÖV* 2013, 533, 538 f.

²⁰⁶ Dazu insbesondere *Schön*, *StuW* 2013, 289, 296 f. Kritisch *Lepsius*, *JZ* 2009, 260, 262:

weniger Ausprägung des Willkürverbots, sondern verweist auf das Prinzip der Systemgerechtigkeit,²⁰⁷ auch wenn sich das BVerfG zurückhält, Normen an der Systemgerechtigkeit als solcher zu messen.²⁰⁸

Fragt man nach den Auswirkungen des Folgerichtigkeitsgrundsatzes auf das regulatorische Privatrecht, müssen zwei Problemkreise abgeschichtet werden: Einerseits ist die Anwendbarkeit des Folgerichtigkeitsgrundsatzes auf das Privatrecht als solches zu untersuchen. Andererseits könnte ein Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz auch dadurch entstehen, dass sich ein Widerspruch zwischen Vorschriften des regulatorischen Privatrechts und denen einer anderen Teilrechtsordnung, insbesondere des Verwaltungsrechts, ergibt.

In der deutschen Rechtswissenschaft hat es eine große Tradition, das Privatrecht als „Rechtssystem“ zu denken.²⁰⁹ System bedeutet dabei nach *Flume* und *Savigny* die „vorausgesetzte innere Konsequenz des Rechts“.²¹⁰ Ein solches (inneres) System basiert – wie *Canaris* gezeigt hat – wesentlich auf den Prinzipien der Folgerichtigkeit und inneren Einheit.²¹¹ Insbesondere im Vertragsrecht wird das Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit von Vielen als systemprägend angesehen.²¹² Vorschriften des regulatorischen Privatrechts verfolgen aber regelmäßig andere Zwecke, etwa einen rein politisch begründeten, nicht mehr aus dem Interessenausgleich ableitbaren Schutz einer Partei im öffentlichen Interesse oder

„Warum sollte das Grundgesetz vom Gesetzgeber prinzipiell ‚folgerichtige‘ Gesetze oder übergreifende Konzeptionen verlangen? Eine solche Erwartung passt zur Idee unpolitischer Kodifikationen im 19. Jahrhundert. Sie erfasst jedoch nicht die politische Natur einer interessengeleiteten und instrumentellen Gesetzgebung.“

²⁰⁷ Vgl. *Osterloh*, in: FS Bryde (2013), S. 429, 434. Grundlegend zur Systemgerechtigkeit *Peine*, Systemgerechtigkeit (1985).

²⁰⁸ BVerfGE 60, 16, 43: „Auch der Gedanke der Systemgerechtigkeit, dessen Anliegen es ist, in einem bereits geregelten Lebensbereich die vom Gesetzgeber selbst gewählten Vernünftigkeitsskriterien und Wertungen folgerichtig zu konkretisieren, darf nicht zur Verkrustung einer Gesellschaftsordnung führen, indem er dem Gesetzgeber – etwa vor schwindenden Mitteln und siechen Haushalten – eine neue Ausrichtung seiner Vernünftigkeitsskriterien und eine Neubewertung bislang anders bewerteter Sachverhalte abschneidet.“ Siehe auch BVerfGE 83, 238, 305, 316 (keine Verpflichtung des Gesetzgebers zur „Modellkonsistenz“). Laut *Prokisch*, in: FS Vogel (2000), S. 293, 305–310 hat sich das Gebot der Folgerichtigkeit aus der Systemgerechtigkeit entwickelt.

²⁰⁹ Siehe nur *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. XXXVI: „Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verbunden werden.“ *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 3, 4 f. vertritt die These, die Systematisierung des Privatrechts in Deutschland (und Kontinentaleuropa) sei Ausfluss der akademischen Juristenausbildung im Gegensatz zur praktischen Ausbildung englischer Prägung.

²¹⁰ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 295 f. unter Berufung auf *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 292.

²¹¹ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 16–18, 155.

²¹² Stellvertretend *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 54 f.

auch sonstige Belange der Allgemeinheit.²¹³ Damit könnten Normen des regulatorischen Privatrechts als Verstöße gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz angesehen werden. Dies indiziert nach der Rechtsprechung des BVerfG allerdings nicht die Nichtigkeit derartiger Normen, sondern nur besondere Rechtfertigungsanforderungen. Als Rechtfertigungsgründe erkennt das BVerfG in seiner Rechtsprechung zum Steuerrecht „vor allem außerfiskalische Förderungs- und Lenkungs Zwecke sowie Typisierungs- und Vereinfachungserfordernisse an[...], nicht jedoch den rein fiskalischen Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung.“²¹⁴ Da sich Normen des regulatorischen Privatrechts gerade durch ihre Lenkungs Zwecke auszeichnen, werden sie regelmäßig vor diesem Rechtfertigungsmaßstab bestehen können. Im Rahmen der wirtschaftsrechtlichen²¹⁵ Anwendung des Folgerichtigkeitsgrundsatzes erscheint der Verstoß sogar nur als Topos der Verhältnismäßigkeitsprüfung.²¹⁶ In beiden Fällen gelten für Normen des regulatorischen Privatrechts damit die allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseingriffe;²¹⁷ der Folgerichtigkeitsgrundsatz führt dagegen nicht zu besonderen Zulässigkeitsanforderungen an regulatorisches Privatrecht.

Wenn man dies anders sehen wollte, hätte zudem ein Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz nicht die Verfassungswidrigkeit der regulatorischen Privatrechtsnorm zur Folge.²¹⁸ Denn ein wesentlicher Unterschied zwischen der Anwendung des Folgerichtigkeitsgrundsatzes im Steuer- und Verwaltungsrecht im Vergleich zum Privatrecht besteht darin, dass im regulatorischen Privatrecht hinsichtlich des Regulierungsziels zwar auch ein zweipoliges Grundrechtsverhältnis (Staat – Bürger), darüber hinaus aber regelmäßig auch ein Rechtsverhältnis zwischen (mindestens) zwei Privaten betroffen ist.²¹⁹ Behandelt die Privatrechtsordnung zwei unterschiedliche Sachverhalte unter Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz ungleich – gewährt sie z. B. ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht nur bei Bestellungen per Telefon, nicht aber bei solchen per Fax oder E-Mail, obwohl in beiden Fällen das gleiche Marktversagen droht –, ist des-

²¹³ Siehe die Beispiele oben S. 98 ff. und S. 155 ff.

²¹⁴ BVerfGE 122, 210, 231–233; 126, 268, 278.

²¹⁵ Strengere Maßstäbe gelten insoweit im Steuerrecht, wo die Folgerichtigkeit den zentralen rechtsstaatlichen Kontrollmaßstab bildet; dazu ausführlich *Schön*, in: FS W. Spindler (2011), S. 189, 199–201.

²¹⁶ Ausführlich dazu *Payandeh*, AöR 136 (2011), 578, 603–608 sowie *Osterloh*, in: FS Bryde (2013), S. 429, 435–442, die den Folgerichtigkeitsgrundsatz der „neuen“ Abwägungsformel zu Art. 3 Abs. 1 GG zuordnet. Siehe auch bereits BVerfGE 9, 20, 28; 18, 315, 334 (Systemwidrigkeit einer Norm ist lediglich ein Indiz für einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG). Zur neuen Formel auch unten S. 297 f.

²¹⁷ Dazu sogleich ausführlich unten S. 288 ff.

²¹⁸ *Prokisch*, in: FS Vogel (2000), S. 293, 295 f.; siehe auch *Peine*, Systemgerechtigkeit (1985), S. 77–104, 225 f.; a. A. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 125: „systemwidrige Normen können wegen des in ihnen enthaltenen Wertungswiderspruchs gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoßen und daher nichtig sein.“ (Kursivdruck des Originals weggelassen).

²¹⁹ Ausführlich unten S. 278 ff.

halb nicht die Nichtigkeit der im ersten Sachverhalt eine Partei belastenden Norm (im Beispiel das den Unternehmer belastende Widerrufsrecht bei Telefonbestellungen) die Rechtsfolge. Vielmehr indiziert der Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, welche die analoge Anwendung der regulierenden Norm auch auf die zweite Situation (im Beispiel Bestellungen per Fax oder E-Mail) rechtfertigt.²²⁰ Sollte der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet haben, in der zweiten Situation einen privatrechtlichen Rechtsbehelf vorzusehen, kann der verfassungsrechtliche Folgerichtigkeitsgrundsatz im Extremfall eine Analogie trotz Fehlens einer „planwidrigen“ Regelungslücke, d. h. im Wege einer „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“²²¹ rechtfertigen.²²²

Als nächstes ist zu prüfen, ob der Folgerichtigkeitsgrundsatz der Zulässigkeit solcher Normen des regulatorischen Privatrechts entgegensteht, die sich nicht (vollständig) in ein eventuelles „System“ öffentlich-rechtlicher oder strafrechtlicher Regulierung einfügen. Während beispielsweise eine Norm wie § 823 Abs. 2 BGB die Wertungen des Öffentlichen Rechts direkt in ihren Tatbestand inkorporiert,²²³ kann es in anderen Fällen zu Wertungswidersprüchen zwischen Regelungen unterschiedlicher Teilrechtsordnungen kommen. So basiert das Gesellschaftsrecht maßgeblich auf dem so genannten Trennungsprinzip, demzufolge die juristische Person gegenüber den Organwaltern rechtlich selbständig ist, so dass Pflichten der Gesellschaft grundsätzlich nicht zugleich eine Haftung derjenigen natürlichen Person begründen, welche die Geschäfte führt.²²⁴ Demgegenüber durchbricht § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB dieses Prinzip für die strafrechtliche Verantwortlichkeit, indem nur in der juristischen Person vorliegende besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit begründen, auf den Organwalter persönlich erstreckt werden. Sähe man das privatrechtliche Gesellschaftsrecht als das relevante „System“ an, stellte § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB einen Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz dar, der zur Nichtigkeit der Norm führt, wenn kein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreift.

Betrachtet man die Konsequenzen des Folgerichtigkeitsgrundsatzes für das Zusammenspiel verschiedener Teilrechtsordnungen, ist es also entscheidend, von

²²⁰ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 99 f.

²²¹ *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 245–252.

²²² Siehe aber das Minderheitenvotum von *Bryde* im Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten, BVerfGE 121, 317, 378, 380 f., das zur Respektierung der Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers aufruft. Ähnlich *Grzeszick*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 49, 70–74, der vertritt, dass rechtsstaatliche Rationalitätsanforderungen an den demokratischen Gesetzgeber nur bei Bestehen spezifischer Legitimationsdefizite zulässig sind.

²²³ Dies zeigt sich etwa daran, dass für die privatrechtliche Haftung der Verschuldensmaßstab des verletzten öffentlich-rechtlichen oder strafrechtlichen Gesetzes maßgeblich sein soll; siehe nur *Larenz / Canaris*, Schuldrecht, Bd. II.2¹³ (1994), S. 446.

²²⁴ Siehe nur *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I (1980), S. 198. Zu den Voraussetzungen, unter denen das Trennungsprinzip ausnahmsweise zugunsten einer direkten Organaußenhaftung durchbrochen werden kann, siehe *Hellgardt*, WM 2006, 1514, 1520.

welchem Systembegriff auszugehen ist.²²⁵ Insbesondere bei den steuerrechtlichen Entscheidungen fällt auf, dass das BVerfG davon Abstand nimmt, ein umfassendes „System“ zu definieren und stattdessen das kleinteiligere Prinzip anwendet „Wer A sagt, muss auch B sagen“.²²⁶ Auch das Urteil zum Rauchverbot in Gaststätten stellt lediglich auf die Konsistenz eines einzelnen Gesetzes – des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg – ab.²²⁷ Demgegenüber würde die Übertragung des Folgerichtigkeitsgrundsatzes auf die Gesamtrechtsordnung dazu führen, das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung²²⁸ als zwingende Verfassungsvorgabe zu postulieren, welche die Nichtigkeit systemwidriger Gesetze zur Folge hätte. In diese Richtung wird teilweise eine Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts behauptet, in dem Sinne, dass das Strafrecht nicht verbieten dürfe, was verwaltungsrechtlich erlaubt ist.²²⁹ Wenn es einen solchen Grundsatz tatsächlich gibt,²³⁰ ist er aber nicht Ausfluss der Einheit der Rechtsordnung – ansonsten ließe sich mit gleichem Recht eine Nichtigkeit weitreichenderer verwaltungsrechtlicher Verbote vertreten, wenn sich das Strafrecht einmal als die „systematischere“ Behandlung einer Materie erweisen sollte –, sondern beruht auf spezifisch strafrechtlichen Verfassungsgarantien wie Art. 103 Abs. 2 GG²³¹ bzw. der Rolle des Strafrechts als ultima ratio des Rechtsstaats.

Das BVerfG hat, bezogen auf das Verhältnis von Steuerrecht und Privatrecht, dem Steuerrechtsgesetzgeber einen weiten Spielraum eingeräumt, im Sinne einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ von den Vorgaben der Privatrechtsordnung abzuweichen, sofern eine „solche Abweichung hinreichend gerechtfertigt“ ist.²³² Diese Wertung wird man verallgemeinern können. Steht eine Norm, welche sich systematisch in den Regelungszusammenhang der eigenen Teilrechtsordnung einfügt, im Widerspruch zu abweichenden Wertungen einer anderen Teilrechtsordnung, müssen diese Widersprüche im Wege der Auslegung aufgelöst werden. Ein Verfassungswidrigkeitsverdikt rechtfertigt ein solcher Wider-

²²⁵ Dazu Schön, *StuW* 2005, 247, 252 f. (zum Verhältnis von Privatrecht und Steuerrecht).

²²⁶ Osterloh, in: FS Bryde (2013), S. 429, 434.

²²⁷ Vgl. BVerfGE 121, 317, 362 f.: „Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird“ (Hervorhebung hinzugefügt).

²²⁸ Grundlegend Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935). Zur Einheit der Rechtsordnung als Ausfluss des Gerechtigkeitsgebots Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*² (1983), S. 16.

²²⁹ Krüis, *NVwZ* 2012, 797, 799 f.; siehe auch BT-Drucks. 12/376, S. 9 (zum Umweltstrafrecht); ebenso für das Verhältnis von Aktienrecht und Strafrecht Seibt/Schwarz, *AG* 2010, 301, 304.

²³⁰ Kritisch Felix, *Einheit der Rechtsordnung* (1998), S. 56 f.

²³¹ Ausführlich zur Verwaltungsakzessorietät unter Art. 103 Abs. 2 GG Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 103 Abs. 2 Rn. 202–205.

²³² Siehe z. B. BVerfGE 24, 174, 181 sowie Prokisch, in: FS Vogel (2000), S. 293, 298 f.; krit. Schön, *StuW* 2005, 247, 254 f. Für eine strenge Privatrechtsakzessorietät des Steuerrechts Crezelius, *Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung* (1983), S. 300–335.

spruch grundsätzlich nicht.²³³ Zur Verfassungswidrigkeit führt ein solcher Verstoß höchstens dann einmal, wenn die Abweichung – nicht nur im Wortlaut, sondern auch im durch Auslegung zu ermittelnden Sinn – unter jedem denkbaren Gesichtspunkt willkürlich erscheint und deshalb für den betroffenen Rechtsadressaten einen unverhältnismäßigen Eingriff in seine Freiheitsrechte bedeutet.

b. Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Während der Folgerichtigkeitsgrundsatz die Stimmigkeit des Rechts vom Standpunkt eines prinzipienbasierten Systems aus beurteilt, legt das Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung einen konsequentialistischen Kontrollmaßstab an, indem geprüft wird, ob zwei oder mehrere Normen in einer konkreten Fallgestaltung an eine Person unterschiedliche Verhaltensanforderungen stellen.²³⁴ Ausgangspunkt waren zwei Urteile des BVerfG aus dem Jahr 1998, die das Verhältnis zwischen einer kommunalen Verpackungsteuer bzw. einer landesrechtlichen Abfallabgabe und dem bundesrechtlichen Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht betrafen.²³⁵ In beiden Fällen hatte der kommunale bzw. Landesgesetzgeber mittels einer Lenkungsabgabe bzw. Lenkungssteuer Anreize zur größtmöglichen Abfallvermeidung gesetzt, während das Bundesrecht insoweit einem Kooperationsprinzip folgte, das auf freiwillige Absprachen mit den Abfallerzeugern setzte. Das BVerfG entschied, dass eine steuerrechtliche Regelung, die Lenkungswirkungen in einem nicht steuerlichen Kompetenzbereich entfaltet, zwar keine zur Steuergesetzgebungskompetenz hinzutretende Sachkompetenz voraussetzt, dass die Ausübung der Steuergesetzgebungskompetenz zur Lenkung in einem anderweitig geregelten Sachbereich jedoch nur zulässig ist, wenn dadurch die Rechtsordnung nicht widersprüchlich wird. Die angestrebte Lenkung dürfe weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderlaufen. Grundlage dieses Gebot der Widerspruchsfreiheit sind das Rechtsstaatsprinzip und die bundesstaatliche Kompetenzordnung.²³⁶

²³³ Ebenso *Felix*, Einheit der Rechtsordnung (1998), S. 396–398; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. VII Rn. 57; *Hanebeck*, Der Staat 41 (2002), 429, 439–450; *Schön*, StW 2005, 247, 253.

²³⁴ Vgl. BVerfGE 98, 106, 118 f.: „Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen“.

Der Unterschied zwischen Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit lässt sich formal wie folgt darstellen: Ein Verstoß gegen den Folgerichtigkeitsgrundsatz liegt vor, wenn der Gesetzgeber in einem Rechtsgebiet, das systematisch durch die Rechtsfolgen A, B und C gekennzeichnet ist, für einen Spezialfall die Rechtsfolge Z vorsieht. Dagegen liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Widerspruchsfreiheit vor, wenn das eine Gesetz von jemandem in einer konkreten Situation das Verhalten A verlangt bzw. entsprechende Anreize setzt, während eine andere Norm in dieser Situation das Verhalten A verbietet bzw. negative Anreize setzt. Ausführlich zum Ganzen auch unten S. 365 ff.

²³⁵ BVerfGE 98, 83 und BVerfGE 98, 106.

²³⁶ BVerfGE 98, 106, 118 f. Ebenso BVerfGE 98, 83, 97 f.

In der Literatur haben diese beiden Entscheidungen ein großes Echo hervorgerufen, das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung wurde – obwohl bislang kaum Folgeentscheidungen zu verzeichnen sind²³⁷ – zu einem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz erhoben.²³⁸ Teilweise wird dabei die Ansicht vertreten, das Prinzip gelte auch jenseits von Kompetenzkonflikten zwischen unterschiedlichen Regelungsinstanzen im föderalen System.²³⁹ Dem ist nur dann zuzustimmen, wenn man das Prinzip der Widerspruchsfreiheit über die durch das BVerfG entschiedenen Konstellationen hinaus als „konkretisierungsbedürftiges Oberprinzip“ versteht.²⁴⁰ Demnach ist auf erster Stufe durch Auslegung, insbesondere nach der systematischen Methode, zu ermitteln, ob tatsächlich zwei widersprüchliche Normbefehle bestehen. Ist dies der Fall und handelt es sich um Vorschriften ein und desselben Gesetzgebers, ist der Konflikt grundsätzlich nach den allgemeinen Kollisionsregeln der „lex specialis“²⁴¹ und „lex posterior“²⁴² aufzulösen. Nur im Falle eines Kompetenzkonfliktes zwischen *unterschiedlichen* Normgebern im föderalen System sind diese Regeln nicht angemessen, da sie sich allein am Regelungsinhalt und Zeitpunkt des Erlasses, nicht aber an den Gesetzgebungskompetenzen ausrichten. Handelt es sich um einen echten Normenkonflikt zwischen Regelungen unterschiedlicher Normgeber, gilt – sofern nicht eine Norm bereits wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz nichtig ist – der Vorrang der „lex superior“ (vgl. Art. 31 GG). Es verbleiben die Fälle, in denen kein echter Normwiderspruch besteht, der Rechtsunterworfenen also formell beide Normbefehle gleichzeitig erfüllen kann, diese aber Unterschiedliches von ihm verlangen, wie bei einer Lenkungsabgabe oder privatrechtlichen Haftungsnorm, welche an die Erfüllung verwaltungsrechtlicher Gebote negative finanzielle Folgen knüpft. Hier liegt der Anwendungsbereich für die durch das BVerfG postulierte besondere Rücksichtnahmepflicht auf das durch den primär zuständigen Gesetzgeber vorgegebene Regelungskonzept.

²³⁷ Siehe nur die ebenfalls noch 1998 ergangene Entscheidung BVerfGE 98, 265, 301, in der es um vom BVerfG für unzulässig erklärte, über das Bundesrecht hinausgehende Anforderungen des bayerischen Schwangerenhilfegesetzes an Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche durchführen, ging. Das von *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77, 88 f. mit Fn. 65 und *Grzeszick*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 49, 52 mit Fn. 9 genannte Urteil BVerfGE 108, 169, 181 f. betrifft dagegen die Abgrenzung von Verwaltungszuständigkeiten aufgrund ein und desselben Bundesgesetzes und erscheint deshalb nicht mit den Ausgangsurteilen vergleichbar. In diesem Urteil ging es vielmehr um den Begriff der Widerspruchsfreiheit als Unterfall der Normklarheit, also um ein auf eine einzelne Norm bezogenes Konzept; siehe in diesem Sinne jetzt auch BVerfGE 128, 282, 318.

²³⁸ Siehe z. B. *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77, 88 f.; *Cornils*, DVBl 2011, 1053, 1054 f.; *Frenz*, DÖV 1999, 41 ff.; *Grzeszick*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 49, 52; *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 ff.; *Sodan*, JZ 1999, 864 ff.; siehe auch *Hanebeck*, Der Staat 41 (2002), 429, 430 f.

²³⁹ In diesem Sinne etwa *Frenz*, DÖV 1999, 41, 45.

²⁴⁰ So im Ausgangspunkt auch *Jarass*, AöR 126 (2001), 588, 601.

²⁴¹ Siehe dazu nur BVerfGE 13, 290, 296.

²⁴² Statt aller *Renck*, JZ 1970, 770 ff.

Für das regulatorische Privatrecht bedeutet dies in einem ersten Schritt, dass der (Bundes-)Gesetzgeber²⁴³ beim Erlass regulatorischer Privatrechtsnormen möglichst keine divergierenden Handlungsaufforderungen an die gleichen Steuerungsadressaten richten sollte. Geschieht dies dennoch, gilt die spätere bzw. speziellere Norm, sofern nicht ohnehin privatrechtsspezifische Vorrangregeln wie die vertragliche Abbedingung dispositiven Gesetzesrechts Anwendung finden. Greifen Regelungen des regulatorischen Privatrechts in Kompetenzbereiche des Landesgesetzgebers, etwa im Bereich der Gefahrenabwehr ein,²⁴⁴ darf sich die Norm des regulatorischen Privatrechts nicht in Widerspruch zur Regelungskonzeption des (jeweiligen) Landesgesetzgebers setzen. Konkret dürfen dem Steuerungsadressaten durch das regulatorische Privatrecht keine Pflichten auferlegt oder Anreize gesetzt werden, die den nach Landesrecht bestehenden Pflichten oder Anreizen zuwiderlaufen. Weitergehende Einschränkungen für den Erlass regulatorischen Privatrechts folgen aus dem Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht.

²⁴³ Zur abschließenden Regelung des Privatrechts durch den Bundesgesetzgeber siehe oben S. 226, Fn. 24.

²⁴⁴ Derartige Lenkungswirkungen sind grundsätzlich zulässig; siehe oben S. 250.

§ 7 Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht

Während zuvor untersucht wurde, inwieweit das Unionsrecht den regulatorischen Einsatz von Privatrecht verlangt und das deutsche Staatsrecht ihn zulässt, soll es im Folgenden um konkrete Gestaltungsgrenzen und positive Regulierungspflichten gehen, die aus höherrangigem Recht, namentlich den Grundrechten, folgen.

In dieser Studie geht es um den Einsatz von Privatrecht als Regulierungsinstrument. Dieser wirft spezifische grundrechtliche Fragen auf, die im allgemeinen Diskurs über die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht selten behandelt werden. Deshalb ist es erforderlich, zunächst die Verbindungs- und Trennlinien zur herkömmlichen Diskussion über die „Drittwirkung“ der Grundrechte aufzuzeigen (dazu unter I.). Nach dieser Vorklärung können die spezifischen grundrechtlichen Anforderungen an die Regulierung mittels Privatrecht analysiert werden; diese betreffen einerseits die privatrechtliche Gesetzgebung (dazu unter II.), andererseits können sie die regulatorische Anwendung des Privatrechts beeinflussen (dazu unter III.).

I. Wirkung der Grundrechte im Privatrecht

Kaum ein Thema an der Grenze von Öffentlichem Recht und Privatrecht hat so viel Aufmerksamkeit erlangt wie die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht. Die Frage wurde gleichermaßen von öffentlich-rechtlicher Seite und von privatrechtlicher Seite behandelt sowie für die Menschenrechte der EMRK¹ und die EU-Grundrechtecharta² beleuchtet.³ Es geht an dieser Stelle nicht darum, diese Diskussion(en) darzustellen oder zu würdigen.⁴ Vielmehr sollen einleitend kurz

¹ Siehe z. B. *Ellger*, *RabelsZ* 63 (1999), 625 ff.; *Seifert*, *EuZW* 2012, 696 ff.

² Siehe z. B. *Herresthal*, *ZEuP* 2014, 238 ff.; *Perner*, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht* (2013).

³ Zum Verhältnis der europäischen und nationalen Gerichte beim Grundrechtsschutz siehe *F. Kirchhof*, *NJW* 2011, 3681 ff. (aus Sicht des BVerfG).

Die folgenden Ausführungen beziehen sich im Kern auf den Grundrechtsteil des Grundgesetzes. Sie gelten aber mutatis mutandis für die Konventionsgrundrechte und die EU-Grundrechtecharta.

⁴ Die Literatur ist inzwischen schier unüberschaubar geworden. Siehe beispielsweise die

die Hauptargumente rekapituliert werden, um auf dieser Grundlage einen eigenen Ansatz zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht zu entwickeln, welcher nach den unterschiedlichen Funktionen des Privatrechts unterscheidet und damit die Grundlage dafür bildet, anschließend die grundrechtlichen Anforderungen an die Regulierung mittels Privatrecht untersuchen zu können.

1. Hauptlinien der Diskussion

Die moderne Diskussion über die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht beginnt in Deutschland (erst) mit dem Erlass des Grundgesetzes.⁵ Die Weimarer Reichsverfassung enthielt zwar auch bereits einen Grundrechtsteil (Art. 109–165 WRV). Nach damals h.M. handelte es sich dabei aber um reine Programmsätze, die für den Privatrechtsgesetzgeber keine Bindungswirkung entfalteten; eine Wirkung im Verhältnis der Bürger untereinander wurde im Gegenschluss zu Art. 118 Abs. 1 S. 2 WRV⁶ und Art. 159 S. 2 WRV⁷ für die restlichen Grundrechte abgelehnt.⁸

Aufsätze *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 ff.; *ders.*, JZ 1987, 993 ff.; *Classen*, AöR 122 (1997), 65 ff.; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 ff.; *Dürig*, in: FS Nawiaskey (1956), S. 157 ff.; *G. Hager*, in: FS Beuthien (2009), S. 567 ff.; *J. Hager*, JZ 1994, 373 ff.; *Hillgruber*, AcP 191 (1991), 69 ff.; *Jarass*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 35 ff.; *Ladeur*, in: FS Teubner (2009), S. 543 ff.; *Laufke*, in: FS Lehmann (1956), Bd. I, S. 145 ff.; *Lerche*, in: FS Odersky (1996), S. 215 ff.; *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35 ff.; *Müller-Freienfels*, in: FS Rittner (1991), S. 423 ff.; *Neuner*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (2007), S. 159 ff.; *Pietzcker*, in: FS Dürig (1990), S. 345 ff.; *W. Rüfner*, in: GS Martens (1987), S. 215 ff.; *Schwabe*, AöR 100 (1975), 442 ff.; *Starck*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 61 ff.; *Voßkuhle*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79 ff.; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 58–79; *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff.; dazu die Handbuchbeiträge *Isensee*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 191; *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II (2006), § 55; *W. Rüfner*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 197 Rn. 83 ff.; monographisch z.B. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999); *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005); *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000); *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988); *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991); *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960); *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013); *L. Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1967); *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001); *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte (1971).

⁵ So auch die Einschätzung von *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 8–11.

⁶ „An diesem Rechte [i.e. der Freiheit der Meinungsäußerung; A.H.] darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“

⁷ „Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit [i.e. die Koalitionsfreiheit; A.H.] einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig.“

⁸ Siehe stellvertretend *Anschtütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919¹⁴ (1933), S. 549, 556, 731. Zur Diskussion in der Weimarer Zeit aus Nachkriegssicht siehe insbesondere *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 293–300 (zur „Drittwirkung“) sowie *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988), S. 16–19; *W. Rüfner*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 197 Rn. 84; siehe auch *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen (1988), S. 7–11.

Nach dem Schrecken der NS-Zeit standen der Grundrechtsteil des Grundgesetzes mit seinen materiell-rechtlichen Gewährleistungen sowie das BVerfG als Hüterin nicht nur der objektiv-rechtlichen Dimension der Verfassung, sondern gerade auch der subjektiv-öffentlichen Rechte, in besonderer Weise für den demokratischen Neuanfang der Bundesrepublik.⁹ Dies ist der Hintergrund, vor dem sich die erste Phase der Diskussion über die Bedeutung der Grundrechte im Privatrecht abspielte.

a. Grundrechte als objektive Wertordnung

In dem berühmten *Lüth*-Urteil des BVerfG vom 15. Januar 1958 findet sich als grundlegende grundrechtsdogmatische Weichenstellung die Aussage, dass das Grundgesetz „in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat“, die „als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten [muss]“.¹⁰ Im Kern bedeutet dies, dass die Grundrechte¹¹ nicht nur punktuell Korrekturen des einfachen Rechts verlangen, wo dieses die Rechte Einzelner im konkreten Fall übermäßig verkürzt,¹² sondern Strukturvorgaben für die gesamte Rechtsordnung enthalten und damit den Gestaltungsspielraum des (einfachen) Gesetzgebers erheblich beschränken.¹³

Der Ansatz von den Grundrechten als objektive Wertordnung, dem weit über das Privatrecht hinaus Bedeutung zukommt, ist vor dem zeitgeschichtlichen Hintergrund verständlich und plausibel.¹⁴ Es ging dem BVerfG darum, einen „Schutzwall“ zu errichten, um zu verhindern, dass die Rechtsordnung erneut in

⁹ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 2 Rn. 5 f.

¹⁰ BVerfGE 7, 198, 205. Siehe zuvor bereits BVerfGE 6, 55, 72: „Eine Interpretation von Art. 6 Abs. 1 GG nach diesem Prinzip zeigt, daß er nicht nur ein Bekenntnis enthält und als Institutsgarantie wirkt, sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm darstellt, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts.“

¹¹ Nach der Absicht der Urteilsverfasser, der im Wortlaut nur unzureichend zum Ausdruck gekommen ist, sollte weniger dem „Grundrechtsabschnitt“ als den einzelnen Grundrechten der Charakter einer Wertentscheidung zukommen; siehe *Böckenförde*, *Der Staat* 29 (1990), 1, 5 f. unter Hinweis auf das der Entscheidung zugrunde liegende Votum. Siehe auch BVerfGE 6, 55, 72 (wörtliches Zitat in der vorherigen Fußnote). Demgegenüber sieht *Di Fabio*, *JZ* 2004, 1, 5 f. in der Menschenwürde den (alleinigen) Bezugspunkt des grundrechtlichen Wertesystems.

¹² Siehe für ein solches Grundrechtsverständnis insbesondere die Position von *Forsthoff*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsstaat im Wandel*² (1976), S. 130, 136–139.

¹³ Überspitzt bringt dies die Polemik von *Forsthoff*, *Der Staat in der Industriegesellschaft* (1971), S. 144 auf den Punkt, das Grundgesetz sei kein „juristisches Weltenei, aus dem alles hervorgeht vom Strafgesetzbuch bis zum Gesetz über die Herstellung von Fieberthermometern“.

¹⁴ Zudem dürfte es sich um einen Behelf dafür gehandelt haben, dass das BGB als vorkonstitutionelles Recht eigentlich nicht der Kontrolle durch das BVerfG unterstand, sondern die Zivilgerichte die Verfassungsmäßigkeit selbst kontrollieren sollten; vgl. BVerfGE 2, 124, 128. Wäre eine Normkontrolle durch das BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG möglich gewesen, wäre womöglich manche dogmatische Verrenkung verzichtbar gewesen.

den Dienst menschenverachtender Ideologien gestellt werden kann.¹⁵ Das Verständnis der Grundrechte als objektive Wertordnung ist aber zugleich Grundlage einer Konstitutionalisierung der einfachen Rechtsordnung geworden¹⁶ und – damit verbunden – einer Aufwertung des BVerfG zum Ersatzgesetzgeber.¹⁷ In der Privatrechtswissenschaft spiegelt sich dieser Aspekt in der Besorgnis um die „Eigenständigkeit des Privatrechts“ wider.¹⁸ Nimmt man die Gesamtrechtsordnung in den Blick, begrenzen die Grundrechte als objektive Wertordnung aber vor allem die Kompetenzen des demokratischen Gesetzgebers – ein Ansatz, der in letzter Zeit vermehrt zu staatsrechtlicher Kritik geführt hat.¹⁹

Das BVerfG hat bislang keinen Anlass gesehen, von der Auffassung, dass die Grundrechte eine objektive Wertordnung begründen, abzuweichen.²⁰ Grundrechtstheoretisch hat insbesondere *Alexy* mit seinem Verständnis von Grundrechten als Prinzipien, d. h. als Optimierungsgebote, diesen Ansatz untermauert.²¹ Die praktische Relevanz der durch die Grundrechte begründeten objektiven Wertordnung für das Privatrecht hängt aber entscheidend davon ab, auf welche Art und Weise sich diese auf das einfache (Privat-)Recht auswirkt.

¹⁵ Zur Instrumentalisierung des Privatrechts durch den Nationalsozialismus siehe nur *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung⁶ (2005).

¹⁶ Monographisch dazu *Schuppert / Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung (2000), insbesondere S. 48–62 (zur Rolle des BVerfG). Siehe auch *Kumm*, German Law Journal 7 (2006), 341 ff.; *Maultzsch*, JZ 2012, 1040 ff.

¹⁷ *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 25: „Es vollzieht sich ein gleitender Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat.“ Ein anschauliches Beispiel für gesetzgebungsgleiche Rechtsprechung, gestützt auf die objektive Dimension der Grundrechte, ist der so genannte „Halbteilungsgrundsatz“ im Steuerrecht: Aus der Formulierung des Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG, der Gebrauch des Eigentums solle „zugleich“ auch dem Wohle der Allgemeinheit dienen, folgerte das BVerfG: „Die Vermögensteuer darf deshalb zu den übrigen Steuern auf den Ertrag nur hinzutreten, soweit die steuerliche Gesamtbelastung [...] in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand verbleibt [...]“ (BVerfGE 93, 121, 138; inzwischen ausdrücklich aufgegeben in BVerfGE 115, 97, 114).

¹⁸ Siehe insbesondere *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 226, 231, 257 und öfters; *Rittner*, in: FS Müller-Freienfels (1986), S. 509, 521; *Zöllner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 65; *ders.*, AcP 196 (1996), 1, 4–15. Diese Sorge erscheint allerdings nur dann plausibel, wenn man ein vorkonstitutionelles Verständnis von Privatrecht teilt, welches dem Grundgesetz und dem Privatrechtsgesetzgeber zwingend vorgegeben ist. In diese Richtung wohl *Picker*, JZ 2003, 1035, 1038–1045, 1048, dem zufolge bestimmte Neuregelungen durch die Schuldrechtsreform „systemwidrig“ seien und deshalb „korrigiert“ angewendet werden müssten.

¹⁹ *Brohm*, NJW 2001, 1 ff.; *Lepsius*, in: Das entgrenzte Gericht (2011), S. 159, 186–194; siehe auch bereits *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), S. 190, 211, 217; anders z. B. *Alexy*, in: VVDStRL 61 (2002), S. 7, 12–30.

²⁰ Siehe z. B. BVerfGE 35, 79, 113; 39, 1, 41; 52, 131, 165 f.; 73, 261, 269; 84, 192, 194 f. Zu den verschiedenen Formulierungen des BVerfG in diesem Zusammenhang siehe *Jarass*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 35, 37.

²¹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 125–157.

b. Vorrang versus Ausstrahlungswirkung der Grundrechte

Die Unsicherheit in diesem Bereich geht darauf zurück, dass sich das BVerfG seit dem *Lüth*-Urteil selbst nicht festgelegt, sondern zwei unterschiedliche Ansätze zur Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht verfolgt hat, deren Kompatibilität auf den ersten Blick nicht auf der Hand liegt:²² Einerseits leitet das BVerfG aus der Eigenschaft der Grundrechte, eine objektive Wertordnung zu bilden, ab, dass „keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift [...] in Widerspruch zu [diesem Wertsystem] stehen [darf], jede [...] in seinem Geiste ausgelegt werden [muß]“.²³ Weiter weist das BVerfG daraufhin, dass insbesondere die zwingenden Vorschriften des Privatrechts eine „nahe Verwandtschaft mit dem öffentlichen Recht“ haben, was sie „in besonderem Maße dem Einfluß des Verfassungsrechts“ aussetze.²⁴ Diese Formulierungen legen einen Vorrang der Grundrechte als Ausfluss der Normhierarchie auch im Privatrecht nahe. Andererseits heißt es ebenfalls im *Lüth*-Urteil: „Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften“.²⁵ Diese dogmatische Konstruktion bezeichnet das BVerfG selbst als „Ausstrahlungswirkung“ der Grundrechte auf das Privatrecht.²⁶

Das BVerfG hat seit dem *Lüth*-Urteil beide Stränge der Grundrechtseinwirkung auf das Privatrecht weiterverfolgt. Teilweise sieht es in Normen des Privatrechts Verstöße gegen die Grundrechte,²⁷ wendet also den normhierarchischen Vorrang der Grundrechte direkt auf das Privatrecht an. In anderen Urteilen verlangt es, dass der Privatrechtsgesetzgeber bzw. die Zivilgerichte die „kollidierenden Grundrechtspositionen [...] in ihrer Wechselwirkung [...] sehen und so [...] begrenzen, daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.²⁸ Dass damit (lediglich) überprüft wird, ob die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte hinreichend zur Geltung gebracht wird, unterstreichen Urteilspassagen, in denen es heißt, die Verfahrensweise und das konkrete Ergebnis im Einzelfall sei „in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum läßt“.²⁹

²² Kritisch etwa *Wagner*, in: *Blaurock / G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 65 f.

²³ BVerfGE 7, 198, 205.

²⁴ BVerfGE 7, 198, 206.

²⁵ BVerfGE 7, 198, 205.

²⁶ BVerfGE 7, 198, 207. Die „Ausstrahlungswirkung“ ist das wichtigste Mittel, um bei verfassungsmäßigem Recht das Fehlen einer direkten Normkontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zu kompensieren; siehe auch S. 267, Fn. 14.

²⁷ Beispielhaft BVerfGE 108, 82, 117 f.: „§ 1685 BGB ist mit Art. 6 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar, als er in den Kreis der Umgangsberechtigten den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezieht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat.“

²⁸ BVerfGE 89, 214, 232.

²⁹ BVerfGE 89, 214, 234.

Nicht zuletzt aufgrund dieser unterschiedlichen Begründungsansätze, die solchen Autoren, die sich auf Urteile des BVerfG berufen, Argumentationshilfe in verschiedenster Richtung geben, halten sich auch in der wissenschaftlichen Diskussion viele unterschiedliche Ansichten zur Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht. Als Extrempositionen lassen sich einerseits diejenigen ausmachen, die einen Einfluss der Grundrechte auf das Privatrecht auch im Sinne einer bloßen „Ausstrahlung“ gänzlich ablehnen.³⁰ Andererseits vertreten manche eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte, sprechen diesen also eine direkte Anwendbarkeit im Privatrechtsverkehr zu.³¹ Die ganz h. M. bewegt sich – bei vielerlei Unterschieden im Detail – zwischen diesen äußeren Polen und tritt für eine so genannte „mittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte ein, teils ergänzt um grundrechtliche Schutzpflichten.

c. Mittelbare Drittwirkung und grundrechtliche Schutzpflichten

Die Lehre von der „Drittwirkung“³² der Grundrechte im Privatrecht geht auf einen Aufsatz von *Dürig* aus dem Jahr 1956 zurück,³³ welcher auch das *Lüth*-Urteil des BVerfG entscheidend geprägt hat.³⁴ Fast alle Literaturstimmen treten in der einen oder anderen Weise für eine „Drittwirkung“ ein, wodurch die Konturen dieser Position weitgehend verschwommen sind.

Es ist das Verdienst von *Canaris*, die Unterscheidung zwischen unmittelbarer Geltung der Grundrechte im Privatrecht und unmittelbarer Drittwirkung hervorgehoben zu haben.³⁵ Demnach betrifft die (Un-)Mittelbarkeit der Drittwirkung allein die Person des Grundrechtsverpflichteten: Bei der mittelbaren Drittwirkung bleibt in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 3 GG formell allein der Staat (im Privatrecht also vorrangig Legislative und Judikative) an die Grundrechte gebunden,³⁶ während eine unmittelbare Drittwirkung gegeben ist, wenn man

³⁰ Siehe Nachweise S. 268, Fn. 18.

³¹ *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht (1961), S. 13–27; *Laufke*, in: FS Lehmann (1956), Bd. I, S. 145, 167–184; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 378–403; vgl. auch *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 10 f.; *J. Hager*, JZ 1994, 373, 383.

³² Kritisch zur Terminologie *L. Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1967), S. B9 f.

³³ *Dürig*, in: FS Nawiasky (1956), S. 157, 176: „Das aber bedeutet rechtslogisch, daß in der Drittrichtung die ‚absolute Wirkung‘ der Grundrechte durch ein Grundrecht zugunsten der Individualautonomie und der Eigenverantwortung relativiert ist. Der Rechtsverkehr Privater untereinander unterliegt daher gerade von Verfassungs wegen Sonderrecht (eben ‚Privatrecht‘) – und zwar auch im Recht der Abwehr von Angriffen Privater auf Rechte anderer (soweit nicht überhaupt das Strafrecht eingreift).“ (Hervorhebung im Original, Fußnote weggelassen).

³⁴ Zur Entstehung des *Lüth*-Urteils siehe *Böckenförde*, Der Staat 29 (1990), 1, 5.

³⁵ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 35.

³⁶ Die Kritik von *Kokott*, in: Kokott/Rudolf (Hrsg.), Gesellschaftsgestaltung unter dem Einfluß von Grund- und Menschenrechten (2001), S. 57, 66 und *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 74, bei einer Grundrechtsbindung von Privatrechtsgesetzgeber und Zivilrechtsprechung verwische der Unterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittwirkung (ähnlich – mit positiver Konnotation – *Alexy*,

eine Verpflichtung Privater direkt aufgrund eines Grundrechts annimmt (so wie im Ausnahmefall des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG).³⁷ Dagegen geht es bei der unmittelbaren Geltung um die Frage, ob und auf welche Art und Weise Privatrechtsgesetzgeber und Zivilgerichte an die Grundrechte gebunden sind, also um die Alternative „Vorrang der Grundrechte“ versus „reine Ausstrahlungswirkung“. Auf einer dritten Ebene kann man schließlich – selbst bei Bejahung einer unmittelbaren Geltung der Grundrechte für Privatrechtsgesetzgeber und Zivilgerichte – darüber streiten, ob die Grundrechte *ihrem Inhalt nach* überhaupt Aussagen über das Verhältnis von Privaten untereinander treffen³⁸ oder ob sich die Grundrechtsbindung etwa auf die Achtung der prozessualen Grundrechte beschränkt.³⁹

Soweit ersichtlich herrscht weitgehend Einigkeit darüber, dass Private nicht direkt an die Grundrechte gebunden sind.⁴⁰ Die Frage, ob sich den Grundrechten überhaupt materielle Aussagen für den Privatrechtsverkehr entnehmen lassen, beantwortet das BVerfG mit der Figur der Grundrechte als objektive Wertordnung.⁴¹ Insbesondere ist es auch kein Gegenargument, dass es im Privatrecht typischerweise zur Kollision mehrerer Grundrechte unterschiedlicher Beteiligter kommt. Denn solche Grundrechtskollisionen sind auch jenseits des Privatrechts zu beobachten, und zwar immer dann, wenn ein Dritter in seinen Grundrechten

Theorie der Grundrechte (1986), S. 490), überzeugt nicht. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob ein Privater direkt durch ein Grundrecht verpflichtet wird oder durch ein einfaches Gesetz, welches ggf. verfassungskonform ausgelegt wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Pflicht zur verfassungskonformen Auslegung unbegrenzt gedacht wird, so dass das Vertrauen des Begünstigten auf die geschriebene Gesetzeslage negiert wird. Verstößt der Gesetzgeber im Einzelfall durch die (bei methodenehrlicher Anwendung nicht zu korrigierende) Ausgestaltung der Privatrechtsordnung derart gegen die Grundrechte Einzelner, dass diese einen erheblichen Schaden erleiden, wäre eine Staatshaftung für legislatives Unrecht der angemessene Rechtsbehelf.

³⁷ Alexy, Theorie der Grundrechte (1986), S. 489 f. weist zu Recht darauf hin, dass eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte den verpflichteten Privaten ganz anders treffen würde als den Staat, weil er – anders als der Staat – stets zugleich Grundrechtsträger bleibt. In diese Richtung jüngst auch BVerfG NJW 2015, 2485 f.

³⁸ Ablehnend Zöllner, RDV 1985, 3, 6.

³⁹ Siehe bereits Dürig, in: FS Nawiasky (1956), S. 157: „Offensichtlich verfehlt wäre es, wenn man von der Tatsache, daß auch die *Zivilrechtsprechung* (weil staatliche Tätigkeit) *als solche* nach Art. 1 III grundrechtsgebunden ist, irgendwie zurückschließen würde auf das *materielle Zivilrecht*, das der Zivilrechtsprechung zur Entscheidung anvertraut ist.“ (Hervorhebung im Original, Fußnote weggelassen). Vgl. auch Pietzcker, in: FS Dürig (1990), S. 345, 352; Wagner, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 66.

⁴⁰ Dies gilt etwa auch für die EU-Grundrechtecharta; vgl. Herresthal, ZEuP 2014, 238, 254 f. Zur unmittelbaren Drittwirkung von Art. 1 GG siehe Neuner, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht (2007), S. 159, 168; krit. aber Lobinger, in: GS Brugger (2013), S. 355 ff.

⁴¹ Ausführlich oben S. 267 f. Dieses Grundrechtsverständnis, welches rechtsvergleichend gesehen eine deutsche Besonderheit ist (vgl. Jarass, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 35, 36), stellt einen Grundpfeiler der Verfassungsdogmatik des BVerfG dar, der von den meisten Privat- und Verfassungsrechtlern akzeptiert wird und auch im Rahmen dieser Studie nicht grundsätzlich hinterfragt werden soll.

berührt wird, falls ein Eingriff in das Grundrecht eines anderen unterbleibt.⁴² Den eigentlichen Gegenstand der Diskussion bildet deshalb die Frage, auf welche Weise die Grundrechte für den Bereich des staatlich gesetzten und durchgesetzten Privatrechts gelten.

Die wohl überwiegende Auffassung tritt dafür ein, dass sowohl der Privatrechtsgesetzgeber als auch die Zivilgerichte als Hoheitsträger beim Erlass staatlicher Privatrechtsnormen und der (ggf. mit Hoheitsmitteln durchgesetzten) Anwendung des Privatrechts in die Grundrechte der dadurch benachteiligten Partei eingreifen, so dass die Grundrechte in ihrer klassischen Funktionen als Abwehrrechte zum Einsatz kommen.⁴³

Die Abwehrfunktion hilft allerdings dann nicht weiter, wenn der Schutzbereich eines Grundrechts durch das Handeln eines Privaten beeinträchtigt wird, weil es dann an einem „Eingriff“ fehlt.⁴⁴ Diese Konsequenz leugnet eine auf *Schwabe* zurückgehende Ansicht, welche die Abwehrfunktion der Grundrechte auf den gesamten privaten Bereich ausdehnen möchte. Konstruktiv geschieht dies dadurch, dass jegliches private Handeln dem Staat zugerechnet, indem es als Konsequenz einer staatlichen „Ermächtigung“ verstanden wird, die sich gegenüber dem Betroffenen als in seine Grundrechte eingreifende Duldungspflicht darstellt.⁴⁵ Die ganz h.M. lehnt diese Auffassung ab.⁴⁶ Wenn ein Privater eine Handlung vornimmt, bewegt er sich stets im Schutzbereich eines Freiheitsrechts,

⁴² Siehe unten S. 279.

⁴³ Siehe z.B. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 212–216; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 12–22; *J. Hager*, JZ 1994, 373, 374–376; *Hesse*, Verfassungsrecht und Privatrecht (1988), S. 26–29; *Lerche*, in: FS Odersky (1996), S. 215, 230 f.; *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 52–54; a.A. *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 225 f.; *Wagner*, in: Blau- rock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 66, 74 f.; *Zöllner*, RDV 1985, 3, 6. Zu Recht weist *Lerche*, in: FS Odersky (1996), S. 215, 231 mit Fn. 38 darauf hin, dass die Bindung der Zivilgerichte vornehmlich darin besteht, das Privatrecht verfassungskonform auszulegen und potentiell verfassungswidrige Normen dem BVerfG zur Kontrolle vorzulegen. Dies ist aber keine Besonderheit der Zivilgerichtsbarkeit, sondern gilt in gleichem Maße für sämtliche Gerichte. Der wesentliche Punkt ist, dass die Grundrechte nicht nur das Verfahren vor den Zivilgerichten betreffen (das ist unstreitig), sondern auch die Art und Weise determinieren, wie die Gerichte das materielle (Gesetzes-)Recht anwenden.

⁴⁴ Teilweise wird allerdings davon gesprochen, dass Private in Grundrechte anderer Privater „eingreifen“. Sofern man mit „Eingriff“ ein grundrechtsdogmatisch relevantes Handeln des Staats bezeichnet (und gleichzeitig eine direkte Grundrechtsbindung Privater ablehnt), erscheint es aber terminologisch vorzugswürdig, Handlungen Privater, die den Schutzbereich eines Grundrechts faktisch beeinträchtigen, nicht als „Eingriff“ zu bezeichnen. Siehe auch unten S. 278 ff.

⁴⁵ *Schwabe*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte (1971), S. 62–75, 154; *ders.*, AöR 100 (1975), 442, 453; ähnlich *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik (1985), S. 63–69, 91–93. Siehe auch *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte (2003), S. 315–411.

⁴⁶ Siehe z.B. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 416–420; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217–219; 230 f.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 41 f.; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 50–52; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 191 Rn. 258–262; *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II (2006), § 55 Rn. 6; *Pietzcker*, in: FS Dürig (1990), S. 345, 354 f.

im Zweifel im Bereich der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁴⁷ Es ist aber bereits rechtstheoretisch nicht überzeugend, die rechtliche Position desjenigen, der sich nicht dagegen wehren kann, dass ein Dritter von seiner eigenen Freiheit Gebrauch macht, als (Duldungs-)Pflicht zu verstehen; es steht vielmehr schlicht kein Unterlassungsanspruch zur Verfügung.⁴⁸ Wollte man dies anders sehen, würde sich der Sinngehalt der Freiheitsrechte in ihr Gegenteil verkehren: Anstatt tun zu dürfen was man möchte, sofern es nicht gegen ein Verbot verstößt, dürfte man nur das tun, was der Staat einem gestattet, indem er andere explizit zur Duldung verpflichtet – in gesetzlich unregulierten Fällen wäre die „Freiheitsausübung“ daher grundsätzlich unzulässig, es sei denn, man bemühte eine allumfassende Duldungspflicht, der jeglicher Eigengehalt abgeht.

Um das sachliche Problem der Grundrechtsbeeinträchtigung durch privates Handeln zu lösen, greift das BVerfG auf die dogmatische Figur der grundrechtlichen Schutzpflicht zurück,⁴⁹ die es als Ausfluss der objektiven Wertordnung einstuft.⁵⁰ Rechtsdogmatisch wurde dieser Ansatz insbesondere von *Canaris* näher ausgeführt. Demnach kann den Staat eine Pflicht treffen, Grundrechtsträger vor faktischen Beeinträchtigungen ihrer Rechtsposition durch Private zu schützen. Dabei kommt dem Gesetzgeber aber ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zugute; erst wenn er gegen das so genannte „Untermaßverbot“⁵¹ verstößt, kann sich der Einzelne erfolgreich auf die Verletzung der staatlichen Schutzpflicht berufen.⁵² Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Staat jede Regelung vor den Grundrechten der dadurch Betroffenen rechtfertigen muss, die bloße Rechtfertigungsmöglichkeit aber nicht ausreicht, um auch eine Pflicht zum Erlass einer entsprechenden Regelung anzunehmen. Nach der Lehre von *Canaris* gilt das Tandem von Abwehrrecht und Schutzpflicht nicht nur für den außervertraglichen Bereich, sondern auch für das Vertragsrecht.⁵³

⁴⁷ Siehe nur BVerfGE 6, 32, 36 f.; 80, 137, 154.

⁴⁸ Grundlegend *Hohfeld*, 23 Yale L. J. 16, 30, 33 (1913). Besonders plastisch lässt sich dies anhand des Eigentums verdeutlichen: Wenn der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfährt und sie etwa zerstört, ist ein Dritter, der dies beobachtet und seine Interessen verletzt sieht (z. B. weil ihm – für den Fall des Verkaufs der Sache – ein Vorkaufsrecht zustünde), nicht zur Duldung verpflichtet, ihm steht nur regelmäßig schlicht *kein Anspruch* zu, um den Eigentümer an seinem Tun zu hindern. Siehe auch unten S. 340 ff. für eine ausführliche Diskussion von *Hohfelds* Theorie.

⁴⁹ Grundlegend BVerfGE 81, 242, 255 f.: „Wenn bei einer solchen Sachlage [i. e. dem Fehlen eines annähernden Kräftegleichgewichts der Beteiligten; A.H.] über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern. [...] Der entsprechende Schutzauftrag der Verfassung richtet sich hier [i. e. bei Fehlen zwingender gesetzlicher Schutzvorschriften] an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen hat und diese Aufgabe auch auf vielfältige Weise wahrnimmt.“

⁵⁰ Siehe nur BVerfGE 92, 26, 46; 96, 56, 64.

⁵¹ Vgl. auch BVerfGE 88, 203, 254.

⁵² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 38–51.

⁵³ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 39–43, 47–49. Teilweise wird in BVerfGE

d. Begrenzung der Schutzbereiche und Ausgestaltungslehre

Seit einigen Jahren kann man in der Rechtsprechung insbesondere des Ersten Senats des BVerfG eine Tendenz zur Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche beobachten,⁵⁴ die potentiell erhebliche Implikationen für den Grundrechtsschutz im Privatrecht hat. Repräsentativ für diese Rechtsprechungslinie sind der *Osbo*-Beschluss⁵⁵ und der *Glykol*-Beschluss⁵⁶, in denen das BVerfG jeweils eine Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzbereiche (im Konkreten von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG und Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) durch eine staatliche Informationstätigkeit abgelehnt hat, sofern der Staat seiner „religiös-weltanschaulichen Neutralität“ gerecht wird bzw. nicht zu einer „Verzerrung der Marktverhältnisse“ beiträgt. Indem das Gericht bereits die Schutzbereiche im Wege einer holzschnittartigen Abwägung beschneidet, vermeidet es im Ergebnis eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtfertigungsebene.⁵⁷ Relevanz für das Privatrecht erhält diese Rechtsprechungsentwicklung in Fällen grundrechtlicher Güterkollisionen. So hat das Gericht bereits im Jahr 1984 in dem *Sprayer von Zürich*-Beschluss entschieden, dass sich die Kunstfreiheit „von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung [erstreckt]“.⁵⁸ Durch eine solche Konstruktion wird eine Grundrechtskollision bereits auf Tatbestandsebene vermieden, so dass weder eine Abwägung noch die Herstellung praktischer Konkordanz erforderlich ist. Allerdings ist diese Konstruktion in der Rechtsprechung des BVerfG bislang nur selten zur Anwendung gekommen.⁵⁹

Eine größere praktische Relevanz hat eine ebenfalls neuere Tendenz in der Rechtsprechung des BVerfG, die inzwischen in der Staatsrechtslehre dogmatisch ausgebaut wurde, unterschiedliche Arten der Grundrechtsbeeinträchtigung zu unterscheiden.⁶⁰ Im Zusammenhang des Privatrechts ist hierbei insbesondere die „Ausgestaltung“ von Grundrechten zu nennen, die der Instituts- oder Einrich-

89, 214, 232 ein Beispiel für die Wirkung der Schutzpflicht im Vertragsbereich gesehen, wenn das BVerfG ausführt: „Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG).“

⁵⁴ Vgl. C. Möllers, NJW 2005, 1973 ff.

⁵⁵ BVerfGE 105, 279, 295.

⁵⁶ BVerfGE 105, 252, 268.

⁵⁷ Kritisch dazu insbesondere Kahl, AöR 131 (2006), 579, 610 f.

⁵⁸ BVerfG NJW 1984, 1293, 1294.

⁵⁹ Vgl. Graf von Kielmansegg, JuS 2009, 19, 23.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 105, 279, 300: „Das Grundgesetz hat den Schutz vor Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht an den Begriff des Eingriffs gebunden oder diesen inhaltlich vorgegeben.“ Siehe auch bereits BVerfGE 58, 300, 330–336 zur Abgrenzung von Enteignungen i.S.v. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG und Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Vorliegend geht es allerdings darum, Eingriffe unterhalb der Enteignungsschwelle

tungsgarantie der Grundrechte korrespondiert und neben den klassischen „Eingriff“ (Abwehrrecht), die „Schutzpflicht“ (Schutzrecht) und die „leistungsrechtliche Seite“⁶¹ (Leistungsrecht) tritt.

Den Ausgangspunkt bildet das altbekannte Phänomen ausgestaltungsbedürftiger Schutzbereiche. Die Notwendigkeit einer Ausgestaltung besteht bei solchen Grundrechten, deren Schutzbereich nicht rein faktisch vorgegeben (wie z. B. „Leben“ oder „Gesundheit“), sondern normativ geprägt ist (wie bei der Eigentumsgarantie, der Vereinigungsfreiheit, der Privatautonomie oder dem Schutz der Ehe).⁶² Paradigmatisch ist insoweit Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, der ausdrücklich bestimmt, dass der *Inhalt* des verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums durch die einfachen (!) Gesetze bestimmt wird. Daraus hat das BVerfG wiederholt abgeleitet, dass nur „das durch die Gesetze ausgeformte Eigentum“ den Gegenstand des verfassungsrechtlichen Schutzes bildet.⁶³ Ein solches Verständnis normgeprägter Grundrechte birgt die offensichtliche Gefahr, dass der Gesetzgeber bereits den Schutzbereich so eng ausgestaltet, dass der abwehrrechtliche Schutz und die daran anknüpfenden Rechtfertigungsanforderungen praktisch leerlaufen. Zum gleichen Ergebnis gelangt, wer Grundrechte als Institutsgarantien mit einem rein objektiven Schutz der entsprechenden (rechtlichen) Einrichtung versteht – eine Auffassung, die bereits in die Weimarer Zeit zurückreicht.⁶⁴ Dieses Verständnis normgeprägter Grundrechte ist keinesfalls auf das Eigentum beschränkt. So hat das BVerfG im Bereich der Privatautonomie formuliert, dass der Gesetzgeber (nur) „an die objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte gebunden“ sei.⁶⁵

Vor diesem Hintergrund gibt es bereits seit längerem rechtsdogmatische Versuche in der Literatur, die Ausgestaltung grundrechtlicher Schutzbereiche als „Eingriff“ zu erfassen und damit die strengen Maßstäbe des abwehrrechtlichen Schutzes auch auf die gesetzliche Ausgestaltung zur Anwendung zu bringen.⁶⁶

von reinen Ausgestaltungen des Eigentums abzugrenzen, also um eine Binnendifferenzierung innerhalb von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

⁶¹ Grundlegend *Häberle*, in: VVDStRL 30 (1972), S. 43, 112–120.

⁶² Für eine Erstreckung der Ausgestaltungslehre auf den gesamten Grundrechtsbereich *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz³ (1982), S. 180–233. Zu der Fundierung dieser Auffassung in der institutionellen Grundrechtstheorie *Böckenförde*, NJW 1974, 1529, 1532.

⁶³ BVerfGE 24, 367, 396; 58, 300, 336.

⁶⁴ Siehe z. B. C. *Schmitt*, in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 (1958), S. 140, 160–166; *Wolff*, Reichsverfassung und Eigentum (1923), S. 5 f. Aus heutiger Sicht z. B. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 1 Abs. 3 Rn. 28: „Bei grundrechtlichen Bestandsgarantien (Instituts- und institutionellen Garantien) fehlt eine [...] subjektiv-rechtliche Qualität.“

⁶⁵ BVerfGE 89, 214, 231. Siehe auch BVerfGE 73, 118, 166: „Bei den einschlägigen Vorschriften kann es sich um ausgestaltende Regelungen handeln, welche der Sicherung der Rundfunkfreiheit dienen und allein dienen dürfen. Diese können keinen Grundrechtseingriff enthalten, bedürfen also keiner weiteren verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.“

⁶⁶ Siehe z. B. *Engel*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II (2006), § 33 Rn. 47; *Höfling*, Vertragsfreiheit (1991), S. 32–43; *Isensee*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 191 Rn. 69; *Poscher*, Grund-

Das Problem derartiger Ansätze besteht darin,⁶⁷ dass sie sich – um der Gefahr eines Zirkelschlusses zu entgehen – entweder auf einen vorpositivistischen Kern der grundrechtlich geschützten Institution beziehen⁶⁸ oder sich auf den Schutz des existierenden Normenbestandes beschränken müssen.⁶⁹ Letzteres würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass der Gesetzgeber bei der „Umgestaltung“ an strengere Anforderungen gebunden wäre als bei der erstmaligen Ausgestaltung von Eigentumsordnung, Privatautonomie etc.⁷⁰

Demgegenüber versuchen neuere verfassungsdogmatische Ansätze, die Ausgestaltung als einen eigenen Typus der Grundrechtsbeschränkung zu etablieren, der selbständige Rechtfertigungsanforderungen nach sich zieht. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass das BVerfG im Bereich der Auslegung und Anwendung des Privatrechts durchaus die konkrete Ausgestaltung durch Gesetzgeber und Gerichte verfassungsrechtlich kontrolliert, dabei aber keine Unterscheidung zwischen Abwehr- und Schutzfunktion der Grundrechte vornimmt,⁷¹ wie dies das klassische Verständnis der „mittelbaren Drittwirkung“ nach dem Modell von *Canaris*⁷² nahe legen würde. Die Ausgestaltung lässt sich mit dem Eingriffsmodell nicht adäquat erfassen,⁷³ weil es im Kern nicht um die *Abwehr* staatlichen Verhaltens geht, sondern um die *Angemessenheit* des durch den Staat vorgenommenen Interessenausgleichs. Vor diesem Hintergrund versucht die staatsrechtliche Literatur, materielle Maßstäbe für eine Überprüfung gesetzgeberischer

rechte als Abwehrrechte (2003), S. 137–141; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 311–314.

⁶⁷ Siehe ausführlich *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 20–39. Gegen die Anwendung der Eingriffsdogmatik auf die Ausgestaltung auch bereits *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 146.

⁶⁸ So insbesondere *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte (2005). Siehe ebd., S. 201–215 (für die Vertragsfreiheit); S. 312–336 (für die Eigentumsgarantie); S. 354–357 (für die Ehe). Teilweise wird auch versucht, die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG fruchtbar zu machen; vgl. insbesondere *Herzog*, in: FS Zeidler (1987), Bd. II, S. 1415, 1423–1428.

⁶⁹ In diese Richtung *J. Ipsen*, Der Staat 52 (2013), 266, 273; *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte (1988), S. 127–136; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 85. Für das Verständnis von ausgestaltendem Recht als „materielles Verfassungsrecht“ siehe *Lerche*, in: FS Odersky (1996), S. 215, 218 f., der aber explizit einen verfassungsrechtlichen Bestandsschutz (mit der Folge einer Anwendbarkeit von Art. 79 GG) ablehnt. Siehe auch bereits *ders.*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 141 f.

⁷⁰ Dies bedeutet nicht, dass einzelne Grundrechtsberechtigte, die unter der bisherigen Rechtsordnung ein Recht erworben haben, nicht besonderen Schutz verdienen; vgl. BVerfGE 58, 300, 331 f. Modifiziert oder beschneidet der Gesetzgeber bereits existierende subjektive Rechte, handelt es sich um einen klassischen Eingriff. Im Regelfall wird dieser nur zulässig sein, wenn Übergangsfristen oder Ähnliches vorgesehen werden; vgl. *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 47.

⁷¹ *Jarass*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 35, 42 f. Siehe auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 422–428: Bei der Überprüfung von Schutzpflichten bedarf es einer Abwägung, die sich in ihrer Struktur nicht grundsätzlich von der im Rahmen von Abwehrrechten vorzunehmenden Abwägung unterscheidet.

⁷² Siehe dazu oben S. 273.

⁷³ So bereits *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 107–112.

Ausgestaltung von Grundrechten zu entwickeln.⁷⁴ Dazu wird ein zweistufiges Vorgehen vorgeschlagen: In einem ersten Schritt sind die für das jeweilige Rechtsinstitut „richtungsweisenden Prinzipien“ zu identifizieren, in einem zweiten Schritt sind generalisierende Regeln zur Gewichtung dieser Prinzipien zu entwickeln, die ggf. die Form von Vorrangregeln oder Unterprinzipien annehmen können.⁷⁵

Diese Versuche, die Ausgestaltung als eigenständige Grundrechtsbeschränkung einzuführen, sind nicht ohne Kritik geblieben. Es wird insbesondere befürchtet, dass das durch die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte erreichte Schutzniveau unterschritten werden könnte.⁷⁶

2. Eigener Ansatz: Abgrenzung nach Rechtsfunktionen

Betrachtet man den Diskussionsverlauf in der Gesamtschau, so fällt auf, dass eine Vielzahl unterschiedlicher Aspekte eine Rolle spielen, das Verhältnis, in dem diese Gesichtspunkte zueinanderstehen, aber nach wie vor ungeklärt ist. *Ruffert* hat vorgeschlagen, für die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht nach den unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen zu differenzieren.⁷⁷ Dieses Modell ist aber – wie die konkrete Durchführung zeigt⁷⁸ – einseitig aus Sicht des Verfassungsrechts gedacht. Es werden Funktionen von Grundrechten identifiziert und mit Beispielen aus dem Privatrecht belegt, ohne dass dabei deutlich würde, welche Eigenschaften des *Privatrechts* jeweils welchen Grundrechtsfunktionen korrespondieren.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass unterschiedliche Grundrechtsfunktionen weitgehend unterschiedlichen Funktionen des einfachen Rechts, wie sie zu Beginn dieser Studie identifiziert wurden,⁷⁹ entsprechen. Dogmatischer Ausgangspunkt ist dabei die in der Grundrechtstheorie geläufige Unterscheidung zwischen zweipoligen und dreipoligen Grundrechtsverhältnissen, die dazu dienen kann, Regulierung auch grundrechtsdogmatisch von anderen Funktionen des Privatrechts zu unterscheiden (dazu unter a.). Gestützt auf diese Differenzierung soll zunächst kurz exkursartig erläutert werden, welche Folgen der Ansatz für die grundrechtlichen Anforderungen an die Interessenausgleichsfunktion des

⁷⁴ Siehe insbesondere *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 49–74; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000), S. 308–363; *Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 206–212; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 81; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 316 f.

⁷⁵ So das Modell von *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 56 f.

⁷⁶ Siehe insbesondere die Kritik von *Kabl*, AöR 131 (2006), 579, 602–604; ähnlich *Pietzcker*, in: FS Dürig (1990), S. 345, 353.

⁷⁷ *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 61–74.

⁷⁸ Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 75–286.

⁷⁹ Siehe oben S. 47 ff.

Privatrechts hat (dazu unter b.). Anschließend wird gezeigt, dass Regulierung rechtsgebietsübergreifend stets als zweipoliges Grundrechtsverhältnis zu verstehen ist (dazu unter c.), um damit die Grundlage zu schaffen, in den folgenden Abschnitten die grundrechtlichen Anforderungen an die regulatorische Privatrechtsgesetzgebung und Privatrechtsanwendung zu untersuchen.

*a. Zweipolige versus dreipolige Grundrechtsverhältnisse
und die unterschiedlichen Funktionen des Privatrechts*

Versucht man, die Besonderheit privatrechtlicher Regelungen aus Sicht der Grundrechtsdogmatik zu erfassen, so fällt auf, dass es sich häufig um Konstellationen so genannter „dreipoliger“ oder „mehrpoliger“ Grundrechtsverhältnisse⁸⁰ handelt. Die Grundrechte sind traditionell als Abwehrrechte gegenüber dem Staat konzipiert, so dass sie ein zweipoliges Rechtsverhältnis begründen: Bürger versus Staat. Das Privatrecht regelt dagegen Rechtsverhältnisse zwischen zwei (oder mehreren) gleichrangigen Privaten, so dass der Staat stets (mindestens) zwei Grundrechtsträgern gegenüber steht. Handelt es sich um einen Fall, in dem die Grundrechte der Privaten gegenläufig sind, kommt es zu einer Grundrechtskollision⁸¹ und damit zu einem dreipoligen Grundrechtsverhältnis.

Die Abgrenzung zwischen zwei- und dreipoligen Grundrechtsverhältnissen verläuft weitgehend kongruent zu der Unterscheidung von Eingriff und Ausgestaltung als unterschiedliche Modi der Beeinträchtigung von Grundrechten.⁸² Während es im ersten Fall darum geht, anhand des klassischen Prüfungsschemas „Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung“ zu überprüfen, ob der Staat zur Erreichung legitimer Ziele in grundrechtlich geschützte Positionen Privater eingreifen darf, besteht die Aufgabe im zweiten Fall darin, die kollidierenden Grundrechte unterschiedlicher Privater so in einen Ausgleich zu bringen, dass diese jeweils möglichst wenig beeinträchtigt werden.⁸³ Die Eingriffsrechtfertigung

⁸⁰ Zu den Begriffen etwa BVerfGE 61, 82, 114; C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat (2001), S. 258; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 2 Rn. 109; Gellermann, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000), S. 213 f.; Hermes, in: VVDStRL 61 (2002), S. 119, 134; Kingreen, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund (2003), S. 133 f.; Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie (2005), S. 78–80; W. Roth, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum (1994), S. 298–301; Shirvani, DÖV 2014, 173, 174. Kritisch zum Konzept Alexy, Theorie der Grundrechte (1986), S. 424 f.

⁸¹ Siehe dazu grundlegend Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen (1977), S. 393–408; Dürig, in: Summum ius summa iniuria (1963), S. 80 ff.

⁸² Dazu oben S. 274 ff. In der Sache ähnlich das Konzept von Klement, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 151, der von vertikaler und horizontaler Freiheit spricht.

⁸³ Die meisten Ausgestaltungslehren beschäftigen sich nur mit den *internen* Maßstäben der Ausfüllung normgeprägter Schutzbereiche, also den Vorgaben von Art. 14 GG für die Ausgestaltung der Eigentumsordnung oder von Art. 2 Abs. 1 GG für die Ausgestaltung der Privatautonomie, gehen aber nicht auf konfligierende *externe* Grundrechte ein; vgl. die Darstellung oben S. 274 ff. Dagegen betont das BVerfG die Pflicht des Gesetzgebers zur Auflösung von Grundrechtskollisionen, etwa bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) im Bereich des Mietrechts die aus Art. 13 GG folgenden Vorgaben zum Schutz des Mie-

ist deshalb primär eine Frage der klassischen (ursprünglich polizeirechtlichen⁸⁴) Verhältnismäßigkeit, die Rechtmäßigkeit der Ausgestaltung ist dagegen zuvörderst danach zu beurteilen, ob dem Staat die Herstellung praktischer Konkordanz⁸⁵ gelungen ist.⁸⁶

Damit ist aber nicht zugleich auch schon die Abgrenzung der Grundrechtswirkungen im Öffentlichen Recht und im Privatrecht getroffen. Vielmehr liegt die Unterscheidung zwischen zwei- und dreipoligen Grundrechtsverhältnissen quer zu den Teilrechtsordnungen. So gibt es auch im Privatrecht zweipolige Grundrechtsverhältnisse. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn der Bürger ausnahmsweise ausschließlich alleine von den negativen Wirkungen einer Vorschrift betroffen ist,⁸⁷ andererseits – und dies ist der häufigere Fall – wenn die Interessen der beteiligten Privaten gleichlaufen, so dass diese ein *gemeinsames Abwehrinteresse* gegenüber dem Staat haben.⁸⁸ Andersherum ist auch die normative Ausgestaltung von Lebensbereichen mit der Notwendigkeit, praktische Konkordanz zwischen konkurrierenden Interessen herzustellen, keine exklusive Besonderheit des Privatrechts.⁸⁹ Man denke nur an das öffentliche Nachbarrecht⁹⁰, drittschützendes Baurecht⁹¹ oder die religiöse Schulerziehung⁹².

ters zu beachten; vgl. BVerfGE 68, 361, 369. „Ausgestaltung“ wird daher vorliegend in einem umfassenden Sinne verstanden als Überbegriff für den rechtlichen Ausgleich konfligierender, grundrechtlich geschützter Interessen im Rahmen der gesetzgeberischen oder richterlichen Konkretisierung normgeprägter Schutzbereiche; siehe auch unten S. 282 ff.

⁸⁴ Ein wichtiger Vorgänger des Verhältnismäßigkeitsprinzips war die Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts zu ALR II 17 § 10 („Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“); siehe dazu *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes (1995), S. 143 f., 148 f., 175 f. und passim.

⁸⁵ Zur praktischen Konkordanz siehe BVerfGE 41, 29, 50 f.; 52, 233, 242; 97, 391, 401. Grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995), S. 28; *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 153.

⁸⁶ Vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001), S. 101: „Im Privatrecht geht es nicht darum, in welchem Maß individuelle Freiheitssphären zugunsten des Allgemeinwohls eingeschränkt werden können, sondern um die angemessene, vernünftige, ausgewogene Abgrenzung dieser Freiheitssphären untereinander, gewissermaßen im ‚staatsfreien Raum‘“. Zur Unanwendbarkeit der Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe BVerfGE 30, 173, 199; *W. Rüfner*, in: *HStR*, Bd. IX³ (2011), § 197 Rn. 109.

⁸⁷ So z. B. bei § 1617 Abs. 1 S. 1 BGB, demzufolge ein Kind nur entweder den Namen des Vaters oder der Mutter als Geburtsnamen erhalten kann, nicht aber beide Namen kumulativ wie dies einige ausländische Rechtsordnungen vorsehen; siehe dazu auch BVerfGE 104, 373, 384 ff.

⁸⁸ So z. B. bei § 475 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn ein fachkundiger Verbraucher mit dem Unternehmer-Verkäufer im Gegenzug für einen geringeren Preis einen Gewährleistungsausschluss vereinbaren möchte.

⁸⁹ *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 535: „das tägliche Brot des öffentlichen Rechts“.

⁹⁰ BVerfG NVwZ 2003, 197, 198.

⁹¹ BVerwGE 32, 173, 178 f.; 50, 282, 287 f.

⁹² BVerfGE 41, 29, 50 f.; 52, 233, 242; 93, 1, 21–23.

Die Bedeutung der zweipoligen oder dreipoligen Natur des Grundrechtsverhältnisses muss sich also auf anderer Ebene zeigen. Ausgangspunkt für den hier zu entwickelnden Ansatz ist die Erkenntnis, dass die Unterscheidung von zweipoligen (Eingriffs-)Grundrechtsverhältnissen und dreipoligen (Ausgestaltungs-)Grundrechtsverhältnissen im einfachen Recht ihre Entsprechung findet in den zuvor identifizierten⁹³ unterschiedlichen Funktionen des Rechts. Dies lässt sich anhand von Regulierungs- und Interessenausgleichsfunktion erläutern.

Der in dieser Studie zugrunde gelegte Regulierungsbegriff („Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist“⁹⁴) erfüllt die Voraussetzungen des klassischen bzw. finalen Eingriffsbegriffs.⁹⁵ Der Staat beschränkt die Freiheit der Bürger, um politische Steuerungsziele zu erreichen, d. h. anders gewendet, um öffentliche Interessen zu verfolgen. Konkurrierende Privatinteressen geraten dabei höchstens indirekt in den Blick, nämlich dann, wenn der Staat sie als Mittel zur Verfolgung von „öffentlichen Interessen“ einsetzt.⁹⁶ Solchen Eingriffen setzt die Begrenzungsfunktion (Abwehrfunktion) der Grundrechte äußere Grenzen.

Geht es dem Staat dagegen darum, einen Interessenausgleich zwischen Privaten zu erreichen, handelt es sich nicht um einen Eingriff, sondern um Ausgestaltung⁹⁷ eines grundrechtlich geschützten Lebensbereichs. Während sich Grundrechtseingriffe typischerweise darauf beschränken, Grundrechte punktuell zur Verfolgung eines legitimen Ziels einzuschränken, geht es beim Interessenausgleich zwischen Privaten regelmäßig um die Regelung einer ganzen Sachmaterie, z. B. des Werkvertrags. Dabei verfolgt der Staat weniger politische Ziele, sondern handelt gewissermaßen als „Schiedsrichter“ einer Interessenkollision,⁹⁸ der zwar die unterschiedlichen Aspekte würdigt und in einen Ausgleich bringt, nicht aber selbst ein vorrangiges, „öffentliches“ Interesse verfolgt. Obwohl es dabei politischen Streit darüber geben kann, welche Interessen wie zu gewichten sind und mit der Berücksichtigung eines bestimmten Interesses nicht notwendig dessen (politische) Billigung verbunden ist, anerkennt der Gesetzgeber die Legitimität der jeweiligen grundrechtlich geschützten Interessen. Demgegenüber erhebt der Gesetzgeber bei der Regulierung ein bestimmtes Interesse zu einem „öffentlichen

⁹³ Siehe oben S. 47 ff.

⁹⁴ Siehe ausführlich oben S. 50 ff.

⁹⁵ Vgl. *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313: Ein „Eingriff“ nach dem klassischen Eingriffsbegriff bezeichnet eine Beeinträchtigung, die (1) gezielt (final) ist und nicht lediglich eine unbeabsichtigte Nebenfolge darstellt, (2) durch Rechtsakt erfolgt und nicht bloß durch rein tatsächliches Handeln, (3) unmittelbare Konsequenz des staatlichen Handelns ist und (4) die im Wege von Befehl und Zwang durchgesetzt wird.

⁹⁶ Für ein Beispiel siehe sogleich S. 281.

⁹⁷ Zum Begriff der Ausgestaltung siehe bereits oben S. 278, Fn. 83.

⁹⁸ Zum Bild des Schiedsrichters BVerfGE 31, 194, 210. Siehe auch *Ladeur*, in: FS Teubner (2009), S. 543, 552 f. („Kollisionsrecht“).

Interesse“, welches durchgesetzt werden soll, auch wenn dazu private Interessen beschnitten werden müssen.⁹⁹

Die Abgrenzung lässt sich anhand zweier Beispiele zu den Grenzen der Ökonomisierung des eigenen Körpers verdeutlichen: Im Jahr 1981 entschied das BVerwG, dass die gewerberechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Peepshow zu versagen sei, weil diese Art der Zurschaustellung eine Verletzung der Menschenwürde darstelle.¹⁰⁰ Dabei komme es nicht darauf an, ob die Darsteller freiwillig handeln. Wörtlich führte das BVerwG aus:

Für diese Verletzung der Menschenwürde ist es unerheblich, daß der Gewerbetreibende Personen gefunden hat, die gegen Entgelt bereit sind, unter den angeführten Umständen in einer Peep-Show aufzutreten. Die Einwilligung des Betroffenen vermag eine Verletzung der Menschenwürde nur auszuschließen, wenn die Verletzung der Menschenwürde gerade und nur durch das Fehlen der Einwilligung des Betroffenen in die in Rede stehende Handlung oder Unterlassung begründet wird.¹⁰¹

Dieses Urteil ist ein Beispiel für Regulierung, die in Grundrechte der Betroffenen eingreift (im Fall in die Gewerbefreiheit der Veranstalter und die Berufsfreiheit der Darsteller). Die zitierte Passage zeigt deutlich, dass es nicht um die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Veranstalter und Darsteller, etwa den Schutz Letzterer aufgrund einer möglichen strukturellen Unterlegenheit, geht, sondern um ein öffentliches Interesse (welches das BVerwG sogar im Bereich der Menschenwürde verortet), dass Peepshows generell nicht stattfinden sollen.

Demgegenüber stellen §§ 1, 2 ProstG interessenausgleichende Normen dar, die lediglich grundrechtsausgestaltend wirken. Die Regelung ist darauf angelegt, einen Interessenausgleich zwischen Prostituierten und Freier zu erzielen, auch wenn dabei den Interessen der Prostituierten ein hoher Stellenwert eingeräumt wird.¹⁰² Obwohl die mit der Einführung des ProstG verbundene Legalisierung der Prostitution politisch motiviert war,¹⁰³ handelt es sich bei den einzelnen Regelungen (keine Leistungspflicht, Ausschluss von Einwendungen, Abtretungsverbot) nicht um Regulierung, sondern um interessenausgleichende Ausgestaltung.

⁹⁹ Demgegenüber nimmt *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 540, 542 in beiden Fällen einen „Eingriff“ an, will aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung entlang der hier vorgeschlagenen Abgrenzung zwischen Eingriff und Ausgestaltung differenzieren. Mit einem solchen Ansatz erreicht man weitgehend gleiche Ergebnisse.

¹⁰⁰ BVerwGE 64, 274. Hierbei handelt es sich um einen verwaltungsrechtlichen Fall. Es ist aber offensichtlich, dass sich die gleichen Erwägungen im Rahmen des Privatrechts anstellen lassen, wenn es um die Frage geht, ob Verträge zwischen Veranstaltern und Darstellern gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßen.

¹⁰¹ BVerwGE 64, 274, 280.

¹⁰² RegE ProstG, BT-Drucks. 14/5958, S. 6: „Eine Klarstellung ist dahin gehend notwendig, Prostituierten, die freiwillig ihre Tätigkeit anbieten, rechtlichen Schutz zu gewähren.“ Siehe auch *Majer*, NJW 2008, 1926 f.

¹⁰³ Vgl. RegE ProstG, BT-Drucks. 14/5958, S. 4.

Aus Sicht eines potentiellen Kunden macht es praktisch keinen Unterschied, ob er eine Leistung deshalb nicht erhält, weil diese vom Staat als grundrechtswidrig angesehen wird (so dass der Vertrag aufgrund einer besonderen Regelung oder wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist¹⁰⁴) oder weil aufgrund zwingenden Vertragsrechts keine Leistungspflicht entsteht (wie im Fall von § 1 S. 1 ProstG). Grundrechtstheoretisch liegt aber nur im ersten Fall ein „Eingriff“ vor, der einer Rechtfertigung anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bedarf, während es sich im zweiten Fall um eine Facette von „Ausgestaltung“ der Privatautonomie handelt, die lediglich darauf hin zu überprüfen ist, ob der Staat die Grundrechtsrelevanz der Regelung erkannt und einen vertretbaren Ausgleich der betroffenen Interessen vorgenommen hat.

Bevor die Anwendung der Eingriffsdogmatik auf die Regulierung mittels Privatrecht entwickelt wird, soll im Folgenden zur weiteren Verdeutlichung des Unterschieds kurz exkursartig auf die grundrechtlichen Anforderungen an die interessenausgleichende Ausgestaltung eingegangen werden.

b. Exkurs: Grundrechtliche Anforderungen an die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts

Beim Interessenausgleich¹⁰⁵ handelt es sich um ein dreipoliges Grundrechtsverhältnis und zugleich um den wichtigsten Anwendungsfall der Ausgestaltung von Grundrechten.¹⁰⁶ Die meisten der unter dem Schlagwort der „mittelbaren Drittwirkung“ der Grundrechte im Privatrecht diskutierten Fragen¹⁰⁷ gehen in der Ausgestaltung auf. Der wesentliche Unterschied zur herkömmlichen Drittwirkungsdebatte besteht darin, dass die Ausgestaltung als eigenständiger Typ der Grundrechtsbeeinträchtigung verstanden wird,¹⁰⁸ so dass sich der Rückgriff auf die Kombinationen von Eingriffsabwehr und Schutzpflicht erübrigt,

¹⁰⁴ Zum Verhältnis von privatrechtlichen Generalklauseln und speziellen Schutzvorschriften siehe BVerfGE 134, 204, 223 f.

¹⁰⁵ Nicht näher eingegangen wird an dieser Stelle auf die Grundrechtsrelevanz der Infrastrukturfunktion des Privatrechts (vgl. zu dieser oben S. 56 ff.). Die Infrastrukturfunktion korrespondiert der so genannten Institutsgarantie der Grundrechte, also der Pflicht des Staates, die zur Verwirklichung grundrechtlich garantierter Rechtsinstitutionen (Ehe, Eigentum, Erbrecht, Privatautonomie, Verbände etc.) erforderlichen Regelungen zur Verfügung zu stellen. Dabei ist umstritten, ob den Staat nur eine objektiv-rechtliche Pflicht zur Bereitstellung der betreffenden privatrechtlichen Infrastruktur trifft oder ob dem einzelnen Bürger ein Anspruch gegen den Staat zur Verfügung steht. Einen Anspruch bejaht etwa Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), S. 442–444; a. A. etwa Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 1 Abs. 3 Rn. 28. Sofern man einen solchen Anspruch annimmt, wofür gute Gründe sprechen, handelt es sich um ein zweipoliges Grundrechtsverhältnis Bürger versus Staat. Siehe auch oben S. 67, Fn. 308.

¹⁰⁶ Dagegen schlägt C. Callies, *Rechtsstaat und Umweltstaat* (2001), S. 577–583 die Zusammenführung von Unter- und Übermaßverbot, also der Abwehr- und Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte, im Rahmen einer „mehrpolgigen Verhältnismäßigkeitsprüfung“ vor.

¹⁰⁷ Siehe oben S. 270 ff.

¹⁰⁸ Zum Begriff der Ausgestaltung siehe auch bereits oben S. 278, Fn. 83.

die unpassend ist, wenn es in der Sache darum geht, *gegenseitige* Rechte und Pflichten miteinander auszutarieren.¹⁰⁹ Während die Grundrechtsdogmatik im Bereich von Abwehrrecht und staatlicher Schutzpflicht bereits weit entwickelt ist, steckt die Ausgestaltungsdogmatik allerdings noch weitgehend in den Kinderschuhen.¹¹⁰ Im Folgenden soll skizziert werden, welche Anhaltspunkte sich aus der Rechtsprechung des BVerfG für eine Überprüfung der Ausgestaltung interessenausgleichender Privatrechtsnormen entnehmen und wie sich diese Ansätze zu einem einheitlichen Prüfungsschema zusammensetzen lassen, das den betroffenen Privatrechtssubjekten ein angemessenes grundrechtliches Schutzniveau gewährleistet.¹¹¹

Zunächst hat der Staat beim Erlass interessenausgleichender Vorschriften die Bedeutung und Tragweite der von der Regelung berührten Grundrechte zu beachten.¹¹² Je nachdem, um welchen Sachbereich es geht, können durch eine privatrechtliche Regelung nahezu sämtliche Gewährleistungen des Grundrechtsteils betroffen sein.¹¹³ Der Gesetzgeber oder der Zivilrichter verstoßen ge-

¹⁰⁹ Ähnlich *Classen*, AöR 122 (1997), 65, 79 f.; a. A. *Voßkuhle*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79, 87 mit Fn. 53. Auch das BVerfG geht von einem wesentlichen Unterschied aus, wenn es ausspricht, dass im Bereich der ausgestaltenden Interessenabwägung der Gesetzesvorbehalt nicht gilt; vgl. BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103, 116. Anders aber nun BVerfGE 138, 377, 396. Zum Gesetzesvorbehalt im Bereich des regulatorischen Privatrechts siehe unten S. 300 f.

¹¹⁰ Siehe die Darstellung des Diskussionsstands oben S. 270 ff.

¹¹¹ Einer der wesentlichen Kritikpunkte an einer selbstständigen Ausgestaltungsdogmatik besteht in der Befürchtung, dass damit der strenge abwehrrechtliche Schutz aufgegeben werde; so etwa *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 21; *Kabl*, AöR 131 (2006), 579, 602–604; *Pietzcker*, in: FS Dürig (1990), S. 345, 353. Deshalb wird teilweise dafür eingetreten, dass eine unangemessene Ausgestaltung in einen Grundrechtseingriff umschlage; so z. B. *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 60; dagegen *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt (1998), S. 106; *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000), S. 367. Auch wenn die Gefahr einer lückenhaften Kontrolle beim Wegfall der abwehrrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen nicht ganz von der Hand zu weisen ist, überzeugt der Einwand im Ergebnis nicht. Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen hoheitlichem Handeln, mit dem der Staat in private Rechtspositionen eingreift, und der Schaffung eines Interessenausgleichs zwischen kollidierenden privaten Rechtsgütern. Ebenso wie die Leistungsverwaltung geringeren Rechtfertigungsanforderungen unterliegt als die Eingriffsverwaltung, ohne dass darin ein Problem für den grundrechtlichen Schutz gesehen wird, erscheint es sachgerecht, die Ausgestaltung normgeprägter Grundrechte eigenständigen Rechtfertigungspflichten zu unterwerfen. Im Ergebnis sind die Anforderungen der zu entwickelnden Ausgestaltungsdogmatik auf einer mittleren Stufe zwischen den beiden Extremen (Eingriffsabwehr und Kontrolle staatlicher Leistungsverwaltung) anzusiedeln.

¹¹² Zu diesem (meist auf die Überprüfung der Rechtsanwendung durch die Fachgerichte bezogenen) Maßstab siehe z. B. BVerfGE 97, 125, 150; 101, 361, 388.

¹¹³ Zu Art. 2 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 89, 214, 231; zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) siehe z. B. BVerfGE 84, 192, 194 f.; zu Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 52, 131, 171; zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 10, 302, 322; zu Art. 3 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 99, 341, 355; zu Art. 3 Abs. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 63, 181, 194; zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 109, 64, 89; zu Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 105, 313, 351; zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 99, 341, 356; zu Art. 4 Abs. 1 und 2 GG siehe z. B. BVerfGE 83, 341, 348; zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 7, 198, 215; zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 97, 125, 144;

gen die Pflicht zur angemessenen Ausgestaltung, wenn sie bei der Festlegung interessenausgleichender Privatrechtsnormen einschlägige Grundrechte nicht beachten, d.h. die Interessen der durch diese Grundrechte Geschützten nicht in die Abwägung einstellen. So sahen beispielsweise die Vorschriften über das elterliche Vertretungsrecht (§§ 1626, 1629 BGB) ursprünglich keine Regelung zum Schutz des Minderjährigen vor der Höhe nach unbegrenzter Verpflichtung vor, sondern berücksichtigten ausschließlich die Interessen der Sorgeberechtigten und der Gläubiger.¹¹⁴ Die gänzlich fehlende Berücksichtigung eines von der Regelung berührten grundrechtlich geschützten Interesses führt bereits als solche zu einer unangemessenen und daher verfassungswidrigen Ausgestaltung.¹¹⁵ Bei jedem privatrechtlichen Interessenausgleich werden stets mindestens zwei konfligierende Grundrechtspositionen eine Rolle spielen, im Zweifel als Auffangrechte (je nach privatrechtlichem Teilrechtsgebiet) die allgemeine Handlungsfreiheit oder die Privatautonomie der durch die Regelung betroffenen Personen.

Das Hauptproblem des Interessenausgleichs als Ausgestaltung von Grundrechten besteht in der Auflösung der so identifizierten Grundrechtskollision. Das BVerfG betrachtet die dabei zu beachtenden Regeln als Ausfluss der objektiv-rechtlichen Vorgaben der Grundrechte.¹¹⁶ Konkret lässt sich der Rechtsprechung ein dreistufiger Prüfungsaufbau entnehmen:

In einem ersten Schritt verlangt das BVerfG, dass der „Kernbereich“ bzw. „Ordnungskern“ eines Grundrechts nicht „ausgehöhlt“ oder „angetastet“ werden darf,¹¹⁷ wobei das Gericht zur Bestimmung dieses Kerns teilweise auf vorkonstitutionelle Vorstellungen verweist.¹¹⁸ Interessenausgleichende Privatrechts-

zu Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 119, 1, 20; zu Art. 6 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 81, 1, 6; zu Art. 6 Abs. 2 GG siehe z. B. BVerfGE 104, 373, 384; zu Art. 6 Abs. 4 GG siehe z. B. BVerfGE 103, 89, 102; zu Art. 6 Abs. 5 GG siehe z. B. BVerfGE 118, 45, 62; zu Art. 8 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 128, 226, 258; zu Art. 9 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfG NJW 1991, 2626; zu Art. 9 Abs. 3 GG siehe z. B. BVerfGE 93, 352, 357; zu Art. 12 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 81, 242, 252; zu Art. 13 Abs. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 68, 361, 369; zu Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG siehe z. B. BVerfGE 14, 263, 277.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 72, 155, 172 f. Siehe nun § 1629a BGB.

¹¹⁵ Dieser dogmatische Weg weist erhebliche Vorteile gegenüber der Schutzpflichtkonstruktion der h.M. (dazu oben S. 273) auf. Eine Schutzpflicht setzt streng genommen voraus, dass ein Privater den Schutzbereich eines Grundrechts bereits faktisch beeinträchtigt, so dass der Staat schützend eingreifen muss. Bei der Anwendung auf das Privatrecht ist es aber häufig (nicht stets!) ebendieses *staatliche* Privatrecht, das bei einer unangemessenen Ausgestaltung die Beeinträchtigung durch den Privaten erst zulässt. Die Idee der Schutzpflicht passt deshalb nur für solche Lebenssachverhalte, die noch gar keiner staatlichen (Privatrechts-)Regelung unterliegen (vgl. auch oben S. 273, Fn. 48). Nur in diesem Fall ist auch das „Untermaßverbot“ ein geeigneter Prüfungsmaßstab, während es bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle bereits existierender (interessenausgleichender) Normen allein um deren Angemessenheit zur Lösung der zugrunde liegenden Interessenkollision gehen kann.

¹¹⁶ BVerfGE 89, 214, 231; 97, 169, 176.

¹¹⁷ Siehe BVerfGE 10, 59, 66 (zur Ehe); BVerfGE 30, 227, 241; 80, 244, 253 (zur Vereinigungsfreiheit); BVerfGE 91, 294, 308 (zur Eigentumsgarantie).

¹¹⁸ Siehe etwa BVerfGE 10, 59, 66.

normen, die den Kernbereich eines Grundrechts aushöhlen (z.B. die Zulassung der Mehrehe) stellen per se unangemessene Ausgestaltungen dar und sind deshalb verfassungswidrig. Die aus den grundrechtlichen Kernbereichen folgenden Vorgaben sind aber lediglich Mindestbedingungen, die den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum in der Praxis nur unwesentlich beschränken.¹¹⁹

Als zweites ist zu prüfen, ob eines der betroffenen Grundrechte eine ergebnisorientierte Vorgabe enthält. Dies ist insbesondere bei grundrechtlichen Gleichstellungsaufträgen (z.B. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) und bei sonstigen grundrechtlichen Schutzaufträgen der Fall.¹²⁰ Interessenausgleichende Privatrechtsnormen, die solchen ergebnisorientierten Vorgaben nicht entsprechen, führen regelmäßig zu einer unangemessenen, d.h. verfassungswidrigen Ausgestaltung,¹²¹ sofern nicht im Einzelfall überwiegende Interessen des anderen Teils die Nichtbefolgung des Verfassungsauftrags zu rechtfertigen vermögen.¹²²

Sofern keine ergebnisorientierten Vorgaben betroffen sind bzw. diese durch die Regelung erfüllt wurden, ist in einem dritten Schritt zu prüfen, ob der Gesetzgeber bzw. Richter die konfligierenden Grundrechte in einen angemessenen Ausgleich gebracht hat. Dabei gibt es Konstellationen, in denen sich unterschiedliche Grundrechte gegenüberstehen (z.B. Pressefreiheit versus allgemeines Persönlichkeitsrecht), und Situationen, in denen sich alle Parteien auf dieselbe Garantie, insbesondere die Privatautonomie oder die Eigentumsgarantie, berufen. Während nur die zweite Konstellation eine Ausgestaltung i.e.S. ist,¹²³ geht es doch in beiden Situationen darum, konfligierende Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Im Kern handelt es sich deshalb um eine Güterabwägung,¹²⁴ die nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz so zu lösen ist, dass beide betroffenen Grundrechte „zu optimaler Wirksamkeit gelangen“¹²⁵. Das BVerfG räumt dabei

¹¹⁹ So auch *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000), S. 326–328.

¹²⁰ Auf den ersten Blick erscheint es merkwürdig, diese Normen im Rahmen des Interessenausgleichs als Maßstab heranzuziehen, verfolgen sie doch offensichtlich ein Regulierungsziel. Adressat der grundrechtlichen Gleichstellungs- und Schutzaufträge ist aber der Staat (d.h. Gesetzgeber und Gerichte), nicht die Privaten; Art. 1 Abs. 3 GG. Ähnlich wie bei einer europäischen Richtlinie kann und muss der Staat dem Regelungsauftrag auch beim Erlass interessenausgleichenden Rechts nachkommen.

¹²¹ Aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe z.B. zu Art. 3 Abs. 2 GG: BVerfGE 10, 59, 76–89 (Stichentscheid des Vaters); BVerfGE 48, 327, 337–341 (Geburtsname des Mannes als zwingender Ehe-name); BVerfGE 84, 9, 17–25 (Geburtsname des Mannes als Ehe-name mangels anderweitiger Wahl); zu Art. 6 Abs. 5 GG: BVerfGE 118, 45, 62 (geringerer Unterhalt für die Pflege/Erziehung nichtehelicher Kinder).

¹²² Für ein Beispiel siehe BVerfGE 32, 273, 278 (zu Art. 6 Abs. 4 GG).

¹²³ So etwa *Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten (2009), S. 49–74. Siehe aber zum weiten Ausgestaltungsbegriff oben S. 278, Fn. 83.

¹²⁴ Siehe *Gellermann*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (2000), S. 350–362; *Medicus*, AcP 192 (1992), 35, 60.

¹²⁵ So die klassische Formel bei *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995), S. 28. Siehe auch *Shirvani*, DÖV 2014, 173, 178 m.w.N. Aus der Rechtsprechung des BVerfG siehe z.B. BVerfGE 89, 214, 232; 97, 169, 176.

dem Gesetzgeber ein weites Ausgestaltungsermessen ein¹²⁶ und betont die Ergebnisoffenheit der Abwägung, so dass „[e]ine bestimmte Ausgestaltung des [Privat]rechts [...] aus dem Grundgesetz nicht abgeleitet werden [kann]“.¹²⁷ Damit ist ein wichtiges Zwischenergebnis festzuhalten: Die Überprüfung der Ausgestaltung erfolgt stets nur negativ, in dem Sinne, dass unangemessene Ausgestaltungen für verfassungswidrig erklärt werden. Über die in den ersten beiden Prüfungsschritten genannten Anforderungen hinaus determinieren die Grundrechte das Ausgestaltungsergebnis dagegen nicht. Da es bei der Ausgestaltung – anders als beim rein punktuellen Grundrechtseingriff – darum geht, einen gesamten Lebensbereich durch eine Rechtsmaterie einer angemessenen Regelung zuzuführen,¹²⁸ sind die ausgestaltenden Regelungen zudem in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Grundsätzlich ist die Ausgestaltung nur dann unangemessen und damit verfassungswidrig, wenn die Gesamtheit der Regelungen bzw. ihre Anwendung durch die Zivilgerichte einen angemessenen Ausgleich der grundrechtlich geschützten Interessen verfehlt; benachteiligen einzelne Regelungen eine Partei einseitig, wird diese Benachteiligung aber an anderer Stelle im Gesamtgefüge der Regelung kompensiert, ist die Ausgestaltung ohne weiteres durch das weite gesetzgeberische Ausgestaltungsermessen gedeckt.¹²⁹ Dies führt zu dem Ergebnis, dass Einzelregelungen im Rahmen einer umfassenden Ausgestaltung ein Grundrecht stärker beeinträchtigen können als dies im Rahmen eines punktuellen Eingriffs zulässig wäre.¹³⁰

c. Regulierung als (rechtsgebietsübergreifendes) zweipoliges Grundrechtsverhältnis

Der Regulierungsfunktion im Sinne dieser Studie¹³¹ entspricht grundrechtsdogmatisch die Abwehrfunktion der Grundrechte. Regulierung beschreibt Situationen, in denen der Staat in grundrechtlich geschützte Positionen Privater eingreift, um ein öffentliches Interesse zu verwirklichen. Soweit es sich um öffent-

¹²⁶ BVerfGE 97, 169, 176 f.: „Dem Gesetzgeber, der diese Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringen will, ist ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, das heißt die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten kann daher in einer solchen Lage nur festgestellt werden, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, daß in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.“ (interne Nachweise weggelassen).

¹²⁷ BVerfGE 89, 1, 8.

¹²⁸ Siehe bereits oben S. 280.

¹²⁹ Siehe z. B. BVerfGE 14, 263, 274, 282–284.

¹³⁰ Vgl. *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen (1977), S. 393; *Dürig*, in: *Summum ius summa iniuria* (1963), S. 80, 84.

¹³¹ Siehe die Definition oben S. 50 ff.

lich-rechtliche Regulierung handelt, ist dies geradezu die klassische Konstellation staatsgerichteter Abwehrrechte. Im 1. Teil dieser Arbeit wurde aber gezeigt, dass Regulierung nicht auf das Öffentliche Recht beschränkt ist, sondern dass auch viele privatrechtliche Normen Ausdruck der Regulierungsfunktion sind. Aus Sicht des Staates sind Verwaltungsrecht und Privatrecht unterschiedliche Regulierungswerkzeuge.¹³² Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass sie in ihrer Eigenschaft als Regulierungsinstrument beide der *staatlichen* Verhaltenssteuerung dienen und damit auch grundrechtsdogmatisch an den gleichen Anforderungen – nämlich an der Abwehrfunktion der Grundrechte – zu messen sind.

Grundrechtstheoretisch zeichnet sich Regulierung dadurch aus, dass sie ein zweipoliges Grundrechtsverhältnis begründet: Bürger versus Staat. Dies gilt nicht nur, soweit es sich um öffentlich-rechtliche Regulierung handelt, sondern gleichermaßen für Regulierung mittels Privatrecht. Soweit der Staat mittels der privatrechtlichen Regulierung rein öffentliche Interessen verfolgt (etwa die Energiewende fördert, indem er bei energetischen Sanierungen gemäß § 536 Abs. 1a BGB für drei Monate Mietminderungen ausschließt), liegt die Zweiseitigkeit des dadurch begründeten Grundrechtsverhältnisses auf der Hand. Nichts anderes gilt aber in Konstellationen, in denen die Regulierung vordergründig das Interesse einer beteiligten Partei stärkt. So kommt etwa der Vorrang der Nacherfüllung im Kaufrecht in erster Linie dem Verkäufer zugute; der Grund, weshalb der Gesetzgeber die Position des Verkäufers im Bereich des Gewährleistungsrechts besonders stärken wollte, liegt aber nicht im Ausgleich eines Verhandlungsungleichgewichts oder dergleichen, sondern in den von einer solchen Risikoverteilung erhofften positiven volkswirtschaftlichen Effekten.¹³³ Damit ist bei der privatrechtlichen Regulierung die Stärkung der Rechtsposition eines Privaten lediglich *Mittel* zur Verfolgung eines öffentlichen Interesses, nicht aber selbst Ziel oder Zweck der Regelung im Sinne der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹³⁴

Das grundrechtlich relevante Ziel privatrechtlicher Regulierung ist ausschließlich das vom Staat mit der betreffenden Gesetzesnorm bzw. Gerichtsentscheidung verfolgte öffentliche Interesse, nicht dagegen die Gründe, welche im konkreten Einzelfall einen Privaten motivieren mögen, der von den Möglichkeiten des Privatrechts Gebrauch macht.¹³⁵ Veröffentlicht etwa ein Privater einen Boykottauf-

¹³² Ausführlich dazu unten S. 565 ff.

¹³³ Siehe ausführlich oben S. 100 ff.

¹³⁴ Hätte der Gesetzgeber etwa den Vorrang der Nacherfüllung mit der Begründung gerechtfertigt, die meisten Verkäufer seien Männer und müssten zur Sicherstellung „männlicher Dominanz“ gegenüber Frauen bevorzugt werden, wäre die Regelung mangels Verfolgung eines „legitimen Ziels“ (vgl. Art. 3 Abs. 2 GG) unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, obwohl sie für das Verhältnis Verkäufer – Käufer im ersten Schritt keine anderen Wirkungen zeitigen würde als der zur Stärkung der Volkswirtschaft eingeführte Nacherfüllungsvorrang.

¹³⁵ Dies gilt auch im Bereich des Vertragsrechts. Hier verlangt die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie keine Kontrolle des von den Parteien mit dem Vertrag verfolgten Zwecks, sondern lediglich eine Überprüfung darauf hin, ob die entsprechende Pflicht den Min-

ruf, den die staatlichen Gerichte für (verfassungs-)rechtlich zulässig erklären,¹³⁶ macht sich der Staat damit nicht den *Inhalt* des Boykottaufrufs zu eigen, etwa in dem Sinne, dass dieser nun ein staatliches Regulierungsziel würde. Vielmehr überlässt es der Staat dem Wechselspiel der *gesellschaftlichen* Kräfte, ob und inwieweit der Aufruf befolgt wird. Auch das Verbot eines konkreten Boykotts¹³⁷ stellt keine *staatliche* Verhaltenssteuerung gegen die mit dem Aufruf verbundenen Ziele dar. Trotz bzw. gerade aufgrund der starken politischen Bedeutung derartiger Entscheidungen für die *Gesellschaft* handelt der Staat hier allein in seiner „Schiedsrichterfunktion“, d. h. er nimmt eine interessenausgleichende Ausgestaltung vor, welche die Möglichkeiten und Grenzen privater Boykottaufrufe absteckt. Eine staatliche Verhaltenssteuerung liegt erst dann vor, wenn der Staat aufgrund eines *öffentlichen Interesses* bestimmte Inhalte oder Formen von Meinungsäußerungen verbietet, wie etwa beim Verbot der Holocaustleugnung (§ 130 Abs. 3 StGB) oder beim Streikverbot für Beamte.¹³⁸ Derartige regulatorische Akte stellen grundrechtsdogmatisch einen Eingriff dar,¹³⁹ der nur zulässig ist, wenn der Staat ihn im Verhältnis zum betroffenen Grundrechtsträger rechtfertigen kann.

Dabei unterscheiden sich die Rechtfertigungsanforderungen, je nachdem ob bereits die gesetzliche Regelung regulierenden Charakter hat und damit in Grundrechte eingreift (dazu sogleich unter II.) oder ob lediglich die Rechtsanwendung durch die Zivilgerichte regulatorische Ziele verfolgt (dazu unter III.).

II. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische Privatrechtsgesetzgebung

Regulierung mittels Privatrecht ist in vielerlei Hinsicht wirkungsäquivalent zur hoheitlichen Eingriffsverwaltung. Dies ist der Grund, weshalb auch die grundrechtlichen Anforderungen an regulierende Gesetzgebung im Privatrecht weitgehend den Erfordernissen für Eingriffe durch öffentlich-rechtliche, insbesondere verwaltungsrechtliche Gesetze entsprechen.¹⁴⁰ Der Aufbau der folgenden Unter-

destanforderungen einer privatautonen Selbstbindung entspricht; vgl. bereits oben S. 69; siehe auch *Voßkuhle*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79, 87. Die Gründe, aus denen eine vertragliche Bindung (ausnahmsweise) nicht anerkannt wird, können sowohl regulatorisch als auch interessenausgleichend sein.

¹³⁶ Siehe z. B. BVerfGE 7, 198, 214–230.

¹³⁷ Siehe z. B. BVerfGE 25, 256, 265.

¹³⁸ Vgl. *Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 96 f.: Das Streikverbot für Beamte sichert die Überlebensfähigkeit des Staats in Krisenzeiten und stellt den gleichmäßigen Gesetzesvollzug sicher.

¹³⁹ Für den als Beispiel genannten Fall des Streikrechts von Beamten sieht *Schubert*, AöR 137 (2012), 92, 95 f. den Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG allerdings als nicht berührt an; folgt man dieser Auffassung, bleibt aber zumindest ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.

¹⁴⁰ Siehe dazu z. B. den einführenden Überblick bei *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 66–79 und *Stern*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 1 ff.

suchung orientiert sich deshalb weitgehend an dem bekannten Prüfungsschema hoheitlicher Grundrechtseingriffe. Inhaltlich geht es aber darum, die Besonderheiten der Regulierung mittels Privatrecht herauszuarbeiten und grundrechtsdogmatisch zu würdigen.

1. Einschlägige Grundrechte

Die tatsächlichen¹⁴¹ und potentiellen¹⁴² Einsatzbereiche der Regulierung mittels Privatrecht sind weitreichend. Dementsprechend kann privatrechtliche Regulierung auch in nahezu sämtliche Grundrechtsgarantien eingreifen.¹⁴³ Besonders schwer wiegt das Argument, Regulierung mittels Privatrecht verletze als solche die Menschenwürde. Deshalb soll zunächst begründet werden, weshalb die Menschenwürdeggarantie dem regulatorischen Einsatz von Privatrecht nicht entgegensteht (unter a.). Anschließend soll gezeigt werden, dass auch die grundrechtlich gewährleistete Privatautonomie nur selten von Regulierung mittels Privatrecht tangiert wird (unter b.). Eine wichtige Begrenzung privatrechtlicher Regulierung geht hingegen von den (sonstigen) Freiheitsgrundrechten aus (unter c.). Dagegen ist die Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Begrenzung privatrechtlicher Regulierung gering (unter d.). Ebenso wenig greift privatrechtliche Regulierung in den Schutzbereich der Justizgrundrechte ein (unter e.).

a. Menschenwürdeggarantie

Der grundrechtsdogmatisch fundamentalste Einwand gegen die Zulässigkeit von Regulierung mittels Privatrecht lautet, dass der Staat damit eine Menschenwürdeverletzung im Sinne der „Objektformel“¹⁴⁴ begehe, weil er Private zum Zwecke der Durchsetzung öffentlicher Interessen instrumentalisieret.¹⁴⁵ Der Vorwurf, privatrechtliche Regulierung verletze die Menschenwürde, wiegt deshalb so schwer, weil die Menschenwürde aufgrund ihrer Unantastbarkeit einer

¹⁴¹ Dazu oben S. 98 ff. und S. 155 ff.

¹⁴² Dazu unten S. 629 ff.

¹⁴³ Für eine Übersicht der durch das Privatrecht berührten Grundrechtsgarantien siehe bereits oben S. 283, Fn. 113.

¹⁴⁴ Die Objektformel lautet in ihrer Formulierung durch *Dürig*, in: Maunz/Dürig, GG (1958), Art. 1 Abs. 1 Rn. 28: „Die Menschenwürde ist getroffen, wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird.“ (Hervorhebungen des Originals weggelassen). Sie geht geistesgeschichtlich zurück auf *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. IV (1785/1903), S. 429: „Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.“ (Sperrung des Originals weggelassen); siehe auch ebd., S. 435 f.

¹⁴⁵ In diese Richtung z.B. *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2007), S. 207, 269 f.; *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung* (2007), S. 11, 68 f.

Abwägung nicht zugänglich ist, so dass ein Eingriff nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁴⁶

Sieht man sich das Argument der Menschenwürdewidrigkeit privatrechtlicher Regulierung genauer an, fällt als erstes auf, dass der Vorwurf des Menschenwürdeverstosses nicht auf das zweipolige Verhältnis zwischen Regulierungsadressaten (derjenige, dessen Verhalten die staatliche Regelungen beeinflussen soll) und Staat bezogen wird,¹⁴⁷ sondern darauf, dass ein *Dritter* vom Staat mittels privatrechtlicher Gesetzgebung dazu ermächtigt wird, eine als solche grundrechtlich zu rechtfertigende¹⁴⁸ Verhaltenspflicht gegenüber dem Adressaten durchzusetzen. Auch wenn die Rechtsdurchsetzung durch Private das Proprium der Regulierung mittels Privatrecht ausmacht, so handelt es sich doch keinesfalls um eine exklusive Eigenschaft privatrechtlicher Regulierung. Auch bei der Verwaltungshilfe und der Beleihung¹⁴⁹ bedient sich der Staat etwa der Hilfe Privater bei der Rechtsdurchsetzung, ohne dass darin ein Problem für die Menschenwürde des Verwaltungshelfers bzw. Beliehenen gesehen würde.

Vor allem liegt aber bei der privatrechtlichen Regulierung in der Sache kein Verstoß gegen das Instrumentalisierungsverbot vor. Zunächst wird die Rechtsmacht des zur Durchsetzung regulatorischer Pflichten ermächtigten Privaten ausschließlich erweitert.¹⁵⁰ Er erhält durch die regulatorische Privatrechtsnorm einen Anspruch oder eine Einwendung, der/die ihm aufgrund der bloß interessenausgleichenden Ausgestaltung des entsprechenden privatrechtlichen Teilrechtsgebiets nicht eingeräumt worden wäre. Es ist bereits schwer vorstellbar, wie jemand dadurch in seiner Menschenwürde verletzt sein soll, dass seine Rechtsmacht erweitert wird. Darüber hinaus liegt in der Gewährung eines privatrechtlichen Anspruchs oder einer privatrechtlichen Einwendung keine unzulässige Instrumentalisierung des Berechtigten. Eine solche ist nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann gegeben, wenn „elementare Persönlichkeitsbereiche kommerzialisiert werden“.¹⁵¹ Bei der privatrechtlichen Regulierung findet keine Kommerzialisierung statt, vielmehr bleibt es gerade der Privatautonomie des Berechtigten überlassen, ob er von der ihm eingeräumten Rechtsmacht im Sinne des Gesetzgebers Gebrauch machen will oder darauf verzichtet. Lediglich

¹⁴⁶ Siehe nur Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 1 Abs. 1 Rn. 73 m. w. N.

¹⁴⁷ Dass Private durch privatrechtliche Pflichten daran gehindert werden, nach freier Willkür zu verfahren, ist keine Besonderheit privatrechtlicher *Regulierung*, sondern vielmehr Ausdruck der Tatsache, dass Privatrecht *Recht* und als solches zwangsweise durchsetzbar ist.

¹⁴⁸ Verstößt bereits die primäre Verhaltenspflicht gegen grundrechtliche Garantien, stellt sich das besondere Problem des Würdeverstosses aufgrund der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung nicht mehr.

¹⁴⁹ Zu diesen siehe oben S. 237.

¹⁵⁰ Für den Fall, dass dem privaten Rechtsdurchsetzer eigene Pflichten auferlegt werden, stellt sich die Frage, ob dies einen verhältnismäßigen Eingriff in seine eigene Freiheit darstellt; dazu ausführlich unten S. 310 ff.

¹⁵¹ BVerfGE 96, 375, 400.

der mit der Geltendmachung verbundene ökonomische oder sonstige Vorteil bietet einen Anreiz zur Rechtsdurchsetzung, ohne dass der Berechtigte deshalb gezwungen wäre, sein Recht geltend zu machen.¹⁵² Der Einsatz (ökonomischer) Anreize ist ein Steuerungsinstrument, dessen sich der Staat zunehmend bedient und welches auch bereits verfassungsrechtlich umfassend untersucht wurde. Demnach können (insbesondere negative) Anreize Grundrechtseingriffe darstellen, eine Verletzung der Menschenwürde wird aber – soweit ersichtlich – nirgends angenommen.¹⁵³

b. Privatautonomie

Die Privatautonomie als „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“¹⁵⁴ stellt den natürlichen Antagonismus zur Regulierung als staatliche Verhaltenssteuerung dar. Auf das rechtstheoretische Verhältnis von Privatautonomie und Regulierung und die Möglichkeit staatlicher Verhaltenssteuerung im Privatrecht angesichts des Grundsatzes der Privatautonomie wurde bereits ausführlich eingegangen.¹⁵⁵ Vorliegend geht es um die Frage, welche konkreten materiellen Grenzen aus der grundrechtlich vor allem durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie¹⁵⁶ für den Einsatz von Privatrecht als Regulierungsinstrument folgen. Entgegen einer möglichen ersten Vermutung und der Beteuerungen derjenigen, welche die Selbständigkeit des Privatrechts vor staatlicher Einflussnahme schützen möchten,¹⁵⁷ kommt allerdings der Privatautonomie im Rahmen der grundrechtlichen Anforderungen an das regulatorische Privatrecht *keine* herausgehobene Bedeutung zu.

Die geringe Begrenzungswirkung der grundrechtlichen Privatautonomie liegt einerseits darin begründet, dass diese überhaupt nur denjenigen Bereich des Privatrechts¹⁵⁸ erfasst, der einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung zugänglich ist. Der Gesetzgeber nutzt die Regulierungsfunktion des Privatrechts aber auch weit darüber hinaus,¹⁵⁹ so dass sich die Grenzen solcher Regulierung anhand anderer

¹⁵² Dieses besondere „Ermessen“ Privater ist einer der wesentlichen Unterschiede zur behördlichen Rechtsdurchsetzung, die grundsätzlich dem Legalitätsprinzip folgt. Ausführlich dazu unten S. 571 und S. 635 f.

¹⁵³ Siehe die umfassende Darstellung bei *Sacksosfsky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 40 Rn. 77–81a.

¹⁵⁴ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 1; siehe auch BVerfGE 89, 214, 231.

¹⁵⁵ Siehe oben S. 66 ff. und S. 68 ff.

¹⁵⁶ Zur grundrechtsdogmatisch Verortung der Privatautonomie siehe bereits oben S. 66.

¹⁵⁷ Siehe etwa *Isensee*, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 239, 273 f.; *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207 ff.; *Zöllner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 64–66. Siehe auch *Wagner*, in: Blau-rock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 81–84 („Was bleibt von der Privatautonomie?“).

¹⁵⁸ Zur Privatautonomie als Freiheit zur rechtlichen Selbstgestaltung auch jenseits des Privatrechts siehe unten S. 540 ff.

¹⁵⁹ Siehe nur oben S. 120 ff. und S. 155 ff.

Freiheitsrechte bemessen.¹⁶⁰ Andererseits greift privatrechtliche Regulierung auch im rechtsgeschäftlichen Bereich nur dann in den spezifischen Schutzbereich der Privatautonomie ein, wenn das besondere öffentliche Interesse, welches der Gesetzgeber verfolgt, als Mittel gerade den Schutz der anderen Partei vor einer bestimmten rechtsgeschäftlichen Gestaltung verlangt. Beispiele sind die Benachteiligungsverbote gemäß §§ 7, 19 AGG,¹⁶¹ besondere Kontrahierungszwänge (z. B. § 5 Abs. 2 PflVG, § 3 PDLV, § 110 SGB XI),¹⁶² der allgemeine Kontrahierungszwang gemäß § 826 BGB¹⁶³ sowie solche Regeln des zwingenden Vertragsrechts, die präventiv Verhaltensweisen, die als Verstoß gegen das öffentliche Interesse angesehen werden, verhindern wollen, indem die Freiheit, auf den eigenen Schutz zu verzichten (z. B. § 14 HeimG, teils auch § 276 Abs. 3 BGB, soweit es um Schädigungen geht, die öffentlichen Interessen zuwider laufen), beschränkt wird.

Die meisten Vorschriften des zwingenden regulatorischen Vertragsrechts verfolgen aber allgemein-politische Ziele, die durch den Schutz der anderen Partei lediglich vermittelt werden. Demgemäß stellen solche Vorschriften zunächst einmal Eingriffe in diejenigen Freiheitsrechte dar, die durch die Verfolgung des primären Ziels verkürzt werden. So greift etwa die Mietpreisbremse gemäß § 556d Abs. 1 BGB, die Mieterhöhungen bei Wiedervermietungen begrenzt, um breiten Bevölkerungsschichten bezahlbaren Wohnraum zu sichern und einer Gentrifizierung entgegenzuwirken,¹⁶⁴ primär in das von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützte Eigentumsrecht des Vermieters ein.¹⁶⁵

Dass ein Grundrechtseingriff mittels zwingenden Vertragsrechts stets auch den Schutzbereich der Privatautonomie berührt, liegt daran, dass aufgrund der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie rechtsgeschäftliche Vereinbarungen auch ohne besondere einfachgesetzliche Regelung grundsätzlich anerkannt werden.¹⁶⁶ Die Nichtanerkennung einer gegen zwingendes Vertragsrecht verstoßenden Abrede, d. h. die Verweigerung einer zwangsweisen Durchsetzung dieser privatautonom getroffenen Vereinbarung durch den Staat, bewirkt deshalb stets auch eine Verkürzung der Privatautonomie – im Falle einer regulierenden Norm¹⁶⁷ in Form des Eingriffs, bei einer interessenausgleichenden Norm¹⁶⁸ in Form der Ausgestaltung. Sofern sich ein solcher Eingriff allein deshalb ergibt,

¹⁶⁰ Dazu sogleich unten S. 294 ff.

¹⁶¹ Siehe dazu stellvertretend *Looschelders*, JZ 2012, 105 ff.

¹⁶² Ausführlich zu den besonderen Kontrahierungszwängen *Busche*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), Vor § 145 Rn. 14–19.

¹⁶³ Grundlegend RGZ 48, 114, 127; 133, 388, 390 f.

¹⁶⁴ Zu den Zielen der Mietpreisbremse siehe Begr. RegE MietNovG, BT-Drucks. 18/3121, S. 10.

¹⁶⁵ Zutreffend *Leuschner*, NJW 2014, 1929, 1932. Zur Rolle von Art. 14 GG für das Mietrecht siehe auch sogleich unten S. 295.

¹⁶⁶ Dazu bereits oben S. 67.

¹⁶⁷ Ein Beispiel ist das Verbot eines Gewährleistungsausschlusses im Verbrauchsgüterkaufrecht gemäß § 475 Abs. 1 BGB.

¹⁶⁸ Ein Beispiel ist die schwebende Unwirksamkeit eines von einem Minderjährigen ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrags gemäß § 108 Abs. 1 BGB.

weil der Gesetzgeber das Regulierungsinstrument „zwingendes Vertragsrecht“ verwendet, tritt die Verkürzung der Privatautonomie hinter dem durch die Regulierung sachlich betroffenen Grundrecht zurück.¹⁶⁹

Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn der Gesetzgeber die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts für regulatorische Zwecke einsetzt.¹⁷⁰ Ein Beispiel ist die Regelung des § 137 S. 1 BGB.¹⁷¹ Indem der Gesetzgeber die Vereinbarung eines dinglich wirkenden Veräußerungsverbots ausschließt, nimmt er primär eine Ausgestaltung der Privatautonomie vor. Das Ziel dieses begrenzenden Interessenausgleichs ist aber eindeutig regulatorisch. So verhindert die Norm etwa eine Vereinbarung wie in dem berühmten amerikanischen Fall *Shelley v. Kraemer*,¹⁷² in dem sich mehrere Hauseigentümer gegenseitig *mit Wirkung erga omnes*¹⁷³ verpflichteten, ihre Grundstücke nicht an Farbige zu verkaufen. Der Gesetzgeber wollte mit dem Erlass von § 137 S. 1 BGB gerade verhindern, dass die Eigentumsordnung zu einer sozialen Spaltung der Gesellschaft missbraucht werden kann.¹⁷⁴ Durch eine solche Zielsetzung¹⁷⁵ kann sich eine eigentlich rein interessenausgleichende Norm in Regulierung verwandeln, die als Eingriff in die Grundrechte des/der Betroffenen einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung anhand der Abwehrfunktion der Privatautonomie bedarf. Damit entscheidet letztlich die Intention des Gesetzgebers, ob eine Norm als regulierender Eingriff oder als interessenausgleichende Ausgestaltung zu überprüfen ist. Bei einer entsprechend entwickelten Ausgestaltungsdogmatik¹⁷⁶ sind dadurch jedoch keine Schutzlücken zu erwarten.¹⁷⁷

¹⁶⁹ Zur Subsidiarität der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie siehe BVerfGE 117, 163, 181; Höfling, Vertragsfreiheit (1991), S. 18 f.; Pieroth / Schlink / Kingreen u. a., Grundrechte³⁰ (2014), S. 96.

¹⁷⁰ Allgemein zu solchen Funktionsüberschneidungen oben S. 63 f. Hier geht es nicht darum, dass eine „Ausgestaltung“ in einen „Eingriff“ umschlüge (dazu oben S. 283, Fn. 111), sondern dass ein ausgestaltender Interessenausgleich und eine eingreifende Regulierung zusammenfallen.

¹⁷¹ Zu dieser siehe bereits oben S. 130 und S. 137 ff.

¹⁷² 334 U.S. 1 (1948).

¹⁷³ Diese Wirkung entstand offenbar durch die Eintragung der Vereinbarung in ein Grundstücksregister; vgl. *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1, 4 (1948) („agreement, which was subsequently recorded“). Der U.S. Supreme Court stellte in seiner Entscheidung die Frage in den Mittelpunkt, ob es sich bei der *Durchsetzung* dieser Vereinbarung um eine durch den Staat begangene Diskriminierung handelt (bejahend 334 U.S. 1, 19). Tatsächlich hätte eine „state action“ im Sinne des 14th Amendment bereits mit Verweis auf die (vermutlich registerrechtliche) Regelung angenommen werden können, die dem Veräußerungsverbot eine dingliche Wirkung verlieh.

¹⁷⁴ Ausführlich dazu oben S. 130.

¹⁷⁵ Zur Steuerungsintention als Definitionsmerkmal des Regulierungsbegriffs siehe oben S. 52 f.

¹⁷⁶ Siehe dazu oben S. 282 ff.

¹⁷⁷ Eine interessenausgleichende Norm, die ohne entsprechende Intention des Gesetzgebers eine verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet, welche den angestrebten Interessenausgleich zunichtemacht, ist im Zweifel auch eine unangemessene Ausgestaltung; zur Prognosefreiheit des Gesetzgebers als Bestandteil des Ausgestaltungsermessens siehe aber das BVerfG-Zitat S. 286,

c. Sonstige Freiheitsrechte

Während die Privatautonomie nur wenige Fälle der Regulierung mittels Privatrecht erfasst, ergeben sich die wichtigsten Begrenzungen aus den sonstigen grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen. Die Frage, in welche grundrechtlichen Schutzbereiche regulatorisches Privatrecht eingreift, hängt wesentlich von Gegenstand und Ziel der Regulierung ab.

Da ein wichtiger Anwendungsbereich des regulatorischen Privatrechts in der marktbezogenen Regulierung besteht,¹⁷⁸ bildet Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eine wesentliche Begrenzung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG handelt es sich um ein einheitliches Grundrecht, welches sich sowohl auf die Berufsausübung als auch auf die Berufswahl erstreckt,¹⁷⁹ und im Wirtschaftsbereich das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs erfasst.¹⁸⁰ Für das regulatorische Privatrecht steht diese Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung im Vordergrund und weniger der Zugang zu einem Beruf oder Markt. Allerdings gibt es auch eine Reihe regulierender Privatrechtsnormen, die Verträge über bestimmte Gegenstände oder Leistungen¹⁸¹ grundsätzlich für unwirksam erklären und damit de facto ein Berufs- bzw. Marktverbot bewirken. Vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist nicht nur die Beschränkung der Berufsausübung im engeren Sinne (z. B. durch ein privatrechtliches Wettbewerbsverbot¹⁸²) erfasst, sondern auch die Freiheit, das Entgelt für die eigene berufliche Tätigkeit mit Interessenten auszuhandeln.¹⁸³ Damit bildet Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG den zentralen Prüfungsmaßstab für den Bereich des marktregulierenden Privatrechts.

Ergänzt wird dieser Schutz im Bereich der Wirtschaftsregulierung durch die Gewährleistung des Eigentumsrechts in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.¹⁸⁴ Zum Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG¹⁸⁵ zählen alle Rechtspositionen, die das Privatrecht als Eigentum erfasst,¹⁸⁶ dazu weitere Positionen wie das Recht am Ge-

Fn. 126. Sollte der Gesetzgeber einmal versuchen, eine tatsächlich bestehende Steuerungsintention zu „verheimlichen“, steht (nach „Entdeckung“ dieses Verhaltens) einer Überprüfung der tatsächlich regulierenden Norm anhand der Abwehrfunktion der Grundrechte nichts im Wege.

¹⁷⁸ Siehe die Beispiele oben S. 98 ff. und teils auch S. 155 ff.

¹⁷⁹ Grundlegend BVerfGE 7, 377, 402.

¹⁸⁰ BVerfGE 32, 311, 317; 46, 120, 137; 105, 252, 265; 106, 275, 298; 110, 274, 288. Dabei besteht aber kein grundrechtlicher Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen gleich bleiben; vgl. BVerfGE 106, 275, 299.

¹⁸¹ So Verträge über den Kauf von Betäubungsmitteln; vgl. BGH NStZ 2004, 37. Siehe auch zum Verbot von Peepshows oben S. 281.

¹⁸² BVerfGE 81, 242, 253 f.

¹⁸³ BVerfGE 101, 331, 347; 117, 163, 181; 134, 204, 222.

¹⁸⁴ Zum Verhältnis von Art. 12 und Art. 14 GG ausführlich Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 12 Rn. 130–151.

¹⁸⁵ Siehe dazu auch den Überblick bei Herdegen, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 273–281.

¹⁸⁶ BVerfGE 1, 264, 278; 58, 300, 335 f.; 70, 191, 199.

werbebetrieb¹⁸⁷ und das Aktieneigentum¹⁸⁸. Der Eigentumsgarantie kommt aber nicht nur im Bereich der Wirtschaftsregulierung Bedeutung zu, sondern auch im Bereich der gesellschaftsbezogenen Regulierung, etwa im (sozialen) Mietrecht.¹⁸⁹ Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ist zudem eine wichtige Begrenzung für erbrechtliche Regulierung und bildet gemeinsam mit der Eigentumsgarantie die „Grundlage für die im Grundgesetz vorgegebene private Vermögensordnung“,¹⁹⁰ die als solche etwa der umverteilenden Privatrechtsregulierung Grenzen setzt.

Im Bereich der sozialen Regulierung mittels Privatrecht bilden neben der Vermögensordnung die verschiedenen Garantien des Art. 6 GG eine wichtige Begrenzung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG enthält Art. 6 Abs. 1 GG eine Grundsatznorm für den gesamten Bereich des die Ehe betreffenden Privatrechts und Öffentlichen Rechts.¹⁹¹ Art. 6 Abs. 2 GG erfasst nicht nur das Elternrecht der rechtlichen Eltern, sondern auch das Interesse des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters, die Rechtsstellung des Vaters einzunehmen.¹⁹² Die Garantie des Art. 6 Abs. 4 GG begrenzt privatrechtliche Normen, die (werdende) Mütter benachteiligen¹⁹³ und Art. 6 Abs. 5 GG enthält schließlich eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes, der eine vollständige Gleichstellung unehelicher Kinder auch im Privatrecht verlangt¹⁹⁴ und demgemäß solchen regulierenden Vorschriften entgegen steht, die auf eine Bevorzugung ehelicher Kinder ausgerichtet sind.

Eine große Bedeutung für das Privatrecht im Allgemeinen haben auch die Presse- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 3 GG). In der Sache geht es dabei aber häufig darum, im Rahmen privatrechtlicher Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche einen Ausgleich zwischen der Freiheit der Presse bzw. des Künstlers und der durch die Garantie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) geschützten Privatsphäre einer von der künstlerischen Darstellung oder Presseberichterstattung betroffenen Person zu finden.¹⁹⁵ Insoweit handelt es sich um Interessenausgleich und nicht um Regulierung. Die Grenze zur Regulierung wird aber erreicht, wenn der Staat in Form der

¹⁸⁷ BVerfGE 13, 225, 229; 45, 142, 173

¹⁸⁸ BVerfGE 14, 263, 277; 50, 290, 341 f.; 100, 289, 304.

¹⁸⁹ BVerfGE 68, 361, 368; 79, 292, 303; 79, 283, 289; 81, 29, 31; 84, 382, 384 f.; 85, 219, 223–225; 89, 237, 241.

¹⁹⁰ BVerfGE 91, 346, 358; 112, 332, 348.

¹⁹¹ BVerfGE 68, 256, 267. Der Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG umfasst auch familiäre Bindungen zwischen Großeltern und ihrem Enkelkind; BVerfG NJW 2014, 2853, 2854.

¹⁹² BVerfGE 108, 82, 99.

¹⁹³ BVerfG NJW 2005, 2383, 2384.

¹⁹⁴ BVerfGE 25, 167, 173.

¹⁹⁵ Zum Konflikt zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz siehe z. B. BVerfGE 97, 125, 147 f.; BVerfGE 101, 361, 388–391; BVerfGE 120, 180, 201–210; siehe auch EGMR NJW 2004, 2647, 2649; EGMR NJW 2012, 1053, 1055 f.; EGMR NJW 2014, 1645, 1647; zum Konflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz siehe z. B. BVerfGE 30, 173, 193–195; BVerfGE 119, 1, 26–30.

Zivilrechtsprechung generelle Verhaltensanforderungen an die Presse aufstellt, etwa den Abdruck fotografischer Darstellungen von Kindern für generell unzulässig erklärt.¹⁹⁶ Dann kommt es darauf an, ob mit einer solchen Regelung lediglich die Interessen der abgebildeten Kinder geschützt oder weitergehende Ziele im öffentlichen Interesse verfolgt werden.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist darüber hinaus insoweit wichtig, als es nach der Rechtsprechung des BVerfG eine „Sphäre privater Lebensgestaltung“ gewährleistet, die einen „unantastbare[n] Bereich menschlicher Freiheit“ darstellt.¹⁹⁷ Da der Staat insbesondere mit dem Familienrecht auch Fragen der Intimsphäre berührt, ergibt sich aus dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine wichtige Grenze, ab der lediglich interessenausgleichendes, nicht aber regulierendes Privatrecht zulässig ist.¹⁹⁸

d. Gleichheitsrechte

Je nach Regelungsbereich kann regulierendes Privatrecht auch in grundrechtliche Gleichheitsgewährleistungen eingreifen. So handelt es sich etwa nach der Rechtsprechung des BVerfG bei Art. 6 Abs. 5 GG um einen speziellen Gleichheitssatz,¹⁹⁹ der privatrechtliche Regulierung verbietet, die auf eine Diskriminierung unehelicher Kinder abzielt.

Problematisch ist auf den ersten Blick die Vereinbarkeit regulierender Privatrechtsnormen mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.²⁰⁰ Denn die Besonderheit der Regulierung mittels Privatrecht besteht gerade darin, zur Verfolgung des Regulierungsziels die privatrechtliche Dogmatik zu durchkreuzen, indem aus rein politischen Gründen – d. h. jenseits der dogmatisch angelegten Differenzierungen – manchen Personen stets oder in bestimmten Situationen eine Rechtsposition zugewiesen wird. Möglich ist auch, dass regulierende Privatrechtsnormen eine Rechtsfolge vorsehen, die sich rechtsdogmatisch nicht begründen lässt.²⁰¹ Ein Beispiel für eine dogmatisch schwer begründbare

¹⁹⁶ Vgl. BVerfGE 101, 361, 385 f.

¹⁹⁷ Grundlegend BVerfGE 6, 32, 41.

¹⁹⁸ Ausführlich dazu unten S. 303.

¹⁹⁹ BVerfGE 25, 167, 173.

²⁰⁰ Siehe auch schon oben S. 257 ff. (zum Folgerichtigkeitsgrundsatz).

²⁰¹ Ein Beispiel ist § 311a Abs. 2 BGB, der bei anfänglich objektiver Unmöglichkeit einen Anspruch auf das positive Interesse gewährt, obwohl der Gläubiger niemals die Chance hatte, die Leistung zu erhalten und daher systematisch gesehen nur in seinem negativen Interesse geschädigt ist; krit. dazu *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 283: „[D]ie schlüssige dogmatische Konstruierbarkeit einer auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzhaftung für anfängliche Leistungshindernisse, wie sie § 311a Abs. 2 BGB jetzt vorsieht, [ist] wohl nur um den Preis von Fiktionen zu gewinnen“; siehe auch ebd., S. 281 („Willkür“ in der Konstruktion des § 311a Abs. 2 BGB). In der Sache stellt die „fingierte“ Rechtsfolge im Beispiel allerdings einen wertenden Interessenausgleich dar, indem sie dem Vertragsschließenden einen starken Anreiz gibt, sich vor Abschluss des Vertrags seiner Leistungsfähigkeit zu versichern (vgl. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB).

Differenzierung ist § 476 BGB, der eine Beweislastumkehr nur im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs vorsieht, nicht aber im allgemeinen Kaufrecht. Da die Beweisnot eines Verbrauchers, der eine Sache bei einem Unternehmer gekauft hat, sich nicht von derjenigen eines solchen unterscheidet,²⁰² der dieselbe Sache von einem privaten Verkäufer gekauft hat, lässt sich diese Differenzierung rechtsdogmatisch nur schwer erklären.²⁰³ Wie die Analyse der kaufrechtlichen Rechtsprechung des BGH gezeigt hat,²⁰⁴ ist es geradezu ein Kennzeichen regulierenden Privatrechts, dass dieses gegen rein rechtsdogmatisch begründete Prinzipien verstößt.²⁰⁵ Daraus wird ein verfassungsrechtliches Problem, wenn man Rechtsdogmatik und Systembildung als Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes begreift.²⁰⁶

In der Sache bietet der Gleichbehandlungsgrundsatz allerdings nur wenig Schutz vor regulatorischem Privatrecht. Dies wurde bereits ausführlich im Zusammenhang mit dem Folgerichtigkeitsgrundsatz ausgeführt.²⁰⁷ Es genügt daher, an dieser Stelle die wesentlichen Gründe zusammenzufassen, weshalb aus dem Gleichheitssatz keine materiellen Schranken privatrechtlicher Regulierung erwachsen: Zunächst stellt jede Ungleichbehandlung zulasten des Regulierungsadressaten zugleich einen Eingriff in dessen Freiheitsrechte dar. Eine Ungleichbehandlung, die darin besteht, dass in die Freiheitsrechte des einen, nicht aber des anderen eingegriffen werden, lässt sich verfassungskonform auch dadurch auflösen, dass der Eingriff auf die Rechte des anderen ausgedehnt wird²⁰⁸ ggf. im Wege einer Analogie.²⁰⁹ Hinzu kommt, dass eine Ungleichbehandlung i. S. v. Art. 3 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung des BVerfG durch die verhältnismäßige Ver-

²⁰² Siehe zu den unterschiedlichen Erkenntnismöglichkeiten von Käufer und Verkäufer ausführlich *Klöhn*, NJW 2007, 2811, 2813 f.

²⁰³ Siehe aber RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 245, wo auf die „besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers“ verwiesen wird, wobei unklar bleibt, weshalb dies bei einem Privatverkäufer nicht gelten soll. In der Literatur wird das Problem der Ungleichbehandlung mit Hinweis auf den „Ausnahmeharakter“ der Norm gelöst; vgl. z.B. *S. Lorenz*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 476 Rn. 6.

Regulatorisch lässt sich die – auf Art. 5 Abs. 3 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgehende – Differenzierung damit rechtfertigen, dass die Regelung dem Verbraucher die Sorge vor Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen im grenzüberschreitenden Verkehr nimmt, damit grenzüberschreitende Verbrauchsgüterkäufe wahrscheinlicher macht und so der Stärkung des Binnenmarkts dient. Privatverkäufe spielen dagegen für den Binnenmarkt keine Rolle.

²⁰⁴ Siehe oben S. 99 ff.

²⁰⁵ Zum Verhältnis von Rechtsdogmatik und Regulierung ausführlich unten S. 388 ff.

²⁰⁶ In diese Richtung *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 125; *G. Kirchhof/Magen*, in: *G. Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 151, 164 f.; *Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme (1997), S. 223–305. Siehe auch *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 211, der die Privatrechtsdogmatik als „selbständigen institutionell garantierten Grundrechtswert[.]“ bezeichnet.

²⁰⁷ Siehe oben S. 259 f.

²⁰⁸ *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 82.

²⁰⁹ Siehe oben S. 260.

folgung eines legitimen Zwecks gerechtfertigt werden kann (so genannte „neue Formel“).²¹⁰ Damit fällt die Rechtfertigung des Gleichheitsverstößes (wegen Verletzung der privatrechtlichen Systematik) im Ergebnis mit der Rechtfertigung des durch die privatrechtliche Regulierung bewirkten Freiheitseingriffs zusammen. Ein eigenständiger Anwendungsbereich für den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz verbleibt dabei nicht.

e. Justizgrundrechte

Schließlich ist noch zu prüfen, ob und ggf. inwieweit das regulierende Privatrecht in den Schutzbereich der Justizgrundrechte eingreifen kann. Da sich diese Studie auf das materielle Privatrecht beschränkt, werden Verletzungen der Verfahrensgrundrechte (Art. 101 Abs. 1 S. 2, Art. 103 Abs. 1, Art. 104 GG) ausgeklammert.²¹¹ Sofern die Anwendung der Justizgrundrechte auf das regulatorische Privatrecht – etwa einen Anspruch auf Strafschadensersatz – erwogen wird, werden regelmäßig auch nur das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und der Grundsatz „ne bis in idem“ (Art. 103 Abs. 3 GG) genannt.²¹²

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Schutzbereich von Art. 103 Abs. 2 GG „auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. Andere staatliche Eingriffsmaßnahmen werden von Art. 103 Abs. 2 GG nicht erfasst.“²¹³ Das regulatorische Privatrecht stellt jedoch keine „hoheitliche Reaktion“ auf ein missbilligtes Verhalten dar. Vielmehr handelt es sich gerade um eine *private* Reaktion, die auf Ebene einer grundsätzlichen Gleichordnung erfolgt.²¹⁴ Zwar kann

²¹⁰ BVerfGE 55, 72, 88; 105, 73, 110; 107, 205, 214.

²¹¹ Eine analoge Anwendung strafprozessualer Garantien auf den Zivilprozess, in dem regulatorische Ansprüche durchgesetzt werden, kommt aber auch in der Sache nicht in Betracht. Denn die strafprozessualen Verfahrensgarantien stellen ein Gegengewicht zu Amtsermittlungsgrundsatz und Legalitätsprinzip dar. Im Zivilprozess gilt hingegen der Beibringungsgrundsatz, wobei dem Kläger nicht die Möglichkeit zur Verfügung steht, Beweismittel durch hoheitliche Ermittlungsmaßnahmen zu beschaffen. Außerdem besteht im Zivilprozess stets die Möglichkeit eines außergerichtlichen Vergleichs.

²¹² Vgl. Ebert, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht (2004), S. 370; Herrmann, ZfA 1996, 19, 40; Schneider, BB 2005, 1653, 1657 f. Die Rechtsprechung hat sich mit dem Thema vor allem im Zusammenhang mit der Zustellung von U.S.-amerikanischen Klagen auf Strafschadensersatz befasst; siehe BGHZ 118, 312, 339, 344 (Strafschadensersatz sei „nach deutscher Rechtsauffassung mit dem Bestrafungsmonopol des Staates und den dafür eingeführten besonderen Verfahrensgarantien unvereinbar“); anders aber BVerfGE 91, 335, 344: „Unverzichtbare Grundsätze des freiheitlichen Rechtsstaates werden jedenfalls nicht schon durch die Möglichkeit der Verhängung von Strafschadensersatz verletzt.“ Gleichsinnig BVerfG JZ 2007, 1046 f. (Ausnahme nur, wenn „Forderungen als offensichtlich rechtsmissbräuchlich erscheinen“); ebenso BVerfG NJW 2007, 3709, 3710.

²¹³ BVerfGE 109, 133, 167; siehe auch BVerfGE 110, 1, 13 f.; 117, 71, 110.

²¹⁴ Der Umstand, dass der Private sich auf staatlich gesetztes Privatrecht stützen kann, macht seine Klage nicht zu einem Hoheitsakt. Denn anders als im Straf- oder Verwaltungsrecht

der Anspruchsinhaber für die Durchsetzung seiner regulatorischen Forderung die Hilfe der Zivilgerichte in Anspruch nehmen und das Urteil durch einen Gerichtsvollzieher, d. h. „hoheitlich“, vollstrecken lassen. Anders als im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht ist die Mitwirkung eines Hoheitsträgers aber nicht notwendig, vielmehr kann der Anspruch auch rein außergerichtlich durchgesetzt und erfüllt werden. Außerdem geht von der hoheitlichen Vollstreckung eines zivilgerichtlichen Urteils als solcher keine staatliche Missbilligung des dem Urteil zugrunde liegenden Verhaltens aus. Der Schutzbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist daher nicht eröffnet.

Gemäß Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat aufgrund der „allgemeinen Strafgesetze“ mehrmals bestraft werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG erfasst das Verbot nur „echte Kriminalstrafen“, ²¹⁵ Ordnungswidrigkeiten werden bereits nicht erfasst. ²¹⁶ Ein Nebeneinander zwischen Kriminalstrafen und anderen Strafen, etwa Disziplinarstrafen oder standesrechtlicher Strafen, wird durch die Verfassungsgarantie nicht ausgeschlossen; derartige Strafen sind aber nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der jeweiligen Strafzumessung zu berücksichtigen. ²¹⁷ Damit fällt auch ein privatrechtlicher Strafschadensersatz nicht in den Anwendungsbereich des Doppelbestrafungsverbots gemäß Art. 103 Abs. 3 GG, muss aber möglicherweise der Höhe nach begrenzt werden, wenn wegen derselben Handlung bereits eine Geldstrafe verhängt wurde. ²¹⁸

Einen weiterreichenden Schutzbereich hat aber das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 Prot. Nr. 7 zur EMRK. ²¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Begriff des „Strafverfahrens“ im Sinne dieser Vorschrift nach den gleichen Kriterien zu bestimmen wie bei Art. 6 Abs. 1 EMRK. ²²⁰ Maßgeblich sind daher die so genannten *Engel*-Kriterien, denen zufolge es sich um ein „Strafverfahren“ handelt, wenn das nationale Recht das Verfahren selbst dem Strafrecht zurechnet, die Art der Zuwiderhandlung eine Verletzung typischerweise durch das Strafrecht geschützter Rechtsgüter darstellt *oder* Art und Schwere der Sanktion auf einen strafrechtlichen Charakter schließen lassen. ²²¹ Damit kann insbesondere auch die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 Prot. Nr. 7 zur EMRK auslösen, ²²²

obliegt es allein seiner privatautonomen Entscheidung, ob und in welcher Weise er sein Recht durchsetzen möchte.

²¹⁵ BVerfGE 21, 378, 384; siehe auch BVerfGE 21, 391, 403 f.; 27, 180, 184 f.; 66, 337, 356 f.

²¹⁶ BVerfGE 43, 101, 105; *Mitsch*, in: KarlsruKomm. OWiG⁴ (2014), Einl. Rn. 141.

²¹⁷ BVerfGE 21, 378, 388; 27, 180, 188; 66, 337, 357.

²¹⁸ Dazu unten S. 309 f.

²¹⁹ „Niemand darf wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.“ Siehe auch Art. 50 EU-Grundrechtecharta.

²²⁰ EGMR NJW 2014, 1791, 1793 m. w. N.

²²¹ Grundlegend EGMR, 1976, Serie A, Bd. 22 Rn. 82.

²²² EGMR, Urt. v. 04.03.2014, Requetes nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, Rn. 219–229.

berufsrechtliche Disziplinarverfahren fallen dagegen nicht darunter.²²³ Bei einem privatrechtlichen Schadensersatzanspruch werden die Voraussetzungen ebenfalls regelmäßig nicht erfüllt sein. Lediglich das dritte Kriterium – Art und Schwere der Sanktion – kann im Einzelfall bei einem Strafschadensersatzanspruch zu einer Anwendung des Doppelbestrafungsverbots führen. Eine Begrenzung für den privatrechtlichen Schadensersatzanspruch ergibt sich daraus allerdings nur insoweit als aufgrund derselben Umstände nicht eine Strafverfolgung stattfinden darf. Findet bereits parallel eine solche Strafverfolgung statt, ist dadurch nur derjenige Teil des privatrechtlichen Anspruchs präkludiert, der den auf Ausgleich eines konkret erlittenen Schadens gerichteten Betrag übersteigt und also spezifischen „Strafcharakter“ besitzt.

2. Regulierung mittels Privatrecht als Problem der Schranken-Schranken

Die Frage, welche materiellen Anforderungen an die Regulierung mittels Privatrecht aus den Grundrechten folgen, ist mit der Untersuchung der betroffenen Schutzbereiche noch nicht abgeschlossen. Entscheidend sind vielmehr die aus der Verfassung folgenden Grenzen einer Grundrechtsbeschränkung durch regulierendes Privatrecht. Dabei soll zunächst auf die formellen Anforderungen eingegangen werden, die grundrechtsbeschränkende Privatrechtsnormen erfüllen müssen (dazu unter a.). Die wichtigsten Anforderungen ergeben sich aber aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und seiner Anwendung auf das regulatorische Privatrecht (dazu unter b.). Keine besondere Bedeutung für das regulatorische Privatrecht erlangt dagegen das Prinzip der praktischen Konkordanz (dazu unter c.), das stattdessen den wesentlichen Maßstab zur Beurteilung interessen- ausgleichenden Privatrechts bildet.²²⁴

a. Formelle Anforderungen an grundrechtsbeschränkende Privatrechtsnormen

In Grundrechte, die einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt haben, darf nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes, also eines Parlamentsgesetzes, eingegriffen werden.²²⁵ Die meisten der oben genannten Grundrechte weisen aber keinen formellen Gesetzesvorbehalt in diesem Sinne auf. Das wichtigste Beispiel für eine Gewährleistung mit Gesetzesvorbehalt ist die Privatautonomie als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG, welche in der „verfassungsmäßigen Ordnung“ ihre Grenze findet. Diese Formulierung deutet das BVerfG als einfachen Gesetzesvorbehalt.²²⁶ Da privatrechtliche Regelungen

²²³ EGMR NJW 2014, 1791, 1793.

²²⁴ Siehe oben S. 282 ff.

²²⁵ Vgl. BVerfGE 98, 218, 251.

²²⁶ Grundlegend BVerfGE 6, 32, 38–41.

grundsätzlich durch Parlamentsgesetz erlassen werden, erfüllen die bestehenden allgemeinen Privatrechtsgesetze (insbesondere das BGB) und das Sonderprivatrecht die formellen Anforderungen, um regulatorische Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen, selbst wenn sich diese erst durch die Gesetzesauslegung ergeben.²²⁷ Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG auch für Eingriffe in die Meinungs- und Pressefreiheit, die gemäß Art. 5 Abs. 2 GG nur aufgrund „allgemeiner Gesetze“ erfolgen dürfen.²²⁸ Einer besonderen Rechtfertigung, weshalb ein Grundrechtseingriff durch regulatorisches Privatrecht und nicht durch Öffentliches Recht erfolgt, bedarf es aus formellen Gründen nicht.²²⁹

Eine weitere formelle Anforderung bildet das Zitiergebot gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG. Dieses verlangt grundsätzlich, dass auch regulierende Privatrechtsnormen das eingeschränkte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. Allerdings findet das Zitiergebot nach der Rechtsprechung des BVerfG nur auf die Einschränkung solcher Grundrechte Anwendung, die ihrem Wortlaut nach ausdrücklich „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden“ können.²³⁰ Von den oben genannten, das regulatorische Privatrecht begrenzenden Grundrechten trifft dies allein auf Art. 6 Abs. 3 GG zu, dessen Bedeutung für das Privatrecht aber gering ist. Nicht erfasst sind dagegen insbesondere die Grundrechtsbeschränkungen gemäß Art. 2 Abs. 1, Art. 3, Art. 5 Abs. 2, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG.²³¹ Damit kann Regulierung mittels Privatrecht in den Schutzbereich dieser Garantien eingreifen, ohne dass der Eingriff deshalb rechtswidrig wäre, weil die entsprechenden Normen des BGB oder des Sonderprivatrechts nicht ausdrücklich darauf hinweisen, dass sie die genannten Grundrechte einschränken.

b. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im regulatorischen Privatrecht

Regulatorisches Privatrecht zeichnet sich dadurch aus, dass der Gesetzgeber damit in gleicher Weise öffentliche Interessen verfolgt, wie dies etwa bei eingreifendem Verwaltungsrecht der Fall ist. Deshalb sind grundsätzlich auch dieselben Anforderungen an die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit regulierender Privatrechtsnormen zu stellen wie an öffentlich-rechtliche Eingriffsnormen.²³²

²²⁷ Vgl. BVerfGE 54, 224, 234 f.: „[A]us einer Gesamtregelung kann sich unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum eine hinreichend erkennbare und bestimmte, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Regelung der Berufsausübung ergeben“. BVerfGE 138, 377, 395 f. verlangt allerdings einen „konkreten gesetzlichen Anknüpfungspunkt“. Zu den materiellen Grenzen für die richterliche Rechtsfortbildung siehe unten S. 681 ff.

²²⁸ BVerfGE 7, 198, 211 f., 214.

²²⁹ Allerdings kann das gesetzgeberische Auswahlmessen durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt werden; ausführlich dazu unten S. 605 ff.

²³⁰ Vgl. BVerfGE 28, 36, 46; *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 78.

²³¹ *Pieroth/Schlink/Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 78; *Remmert*, in: *Maunz/Dürig, GG*, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 19 Abs. 1 Rn. 54 m. w. N.

²³² So auch BVerfGE 57, 361, 388; 63, 88, 115. Siehe auch *Klement*, Wettbewerbsfreiheit

Daraus ergibt sich als grundsätzlicher Prüfungsaufbau, dass zunächst danach zu fragen ist, ob die regulatorische Privatrechtsnorm einen legitimen Zweck verfolgt, sodann, ob sie zur Verfolgung dieses Zwecks geeignet und erforderlich ist.²³³ Das BVerfG und die h.L. nehmen zudem noch eine als „Angemessenheit“ oder „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ bezeichnete Abwägung der im Widerstreit stehenden Interessen vor.²³⁴ Demgegenüber kommt der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG kaum noch eine eigenständige Bedeutung bei der Begrenzung von Regulierung zu.²³⁵

aa. Legitimer Regelungszweck

Das Erfordernis eines legitimen Regelungszwecks²³⁶ kann sich sowohl in positiven als auch in negativen Anforderungen an regulierende Privatrechtsgesetze niederschlagen, d. h. dass teils nur spezifisch in der Verfassung vorgegebene Regulierungszwecke verfolgt werden dürfen, teils bestimmte Regulierungszwecke von Verfassungen wegen ausgeschlossen sind.

Positive Anforderungen folgen etwa aus dem qualifizierten Gesetzesvorbehalt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG. Demnach sind Privatrechtsnormen, die in das elterliche Erziehungsrecht eingreifen, nur zulässig, wenn sie der Pflege und Erziehung der Kinder dienen.²³⁷ Dies hat Konsequenzen für die privatrechtliche Regulierung. So mag es zur gesetzlichen Prävention von Konflikten unter nicht verheirateten Eltern zwar grundsätzlich sinnvoll sein, in das Erziehungsrecht des nicht ehelichen Vaters durch eine Regelung einzugreifen, die der Mutter die Entscheidungsbefugnis darüber einräumt, ob sie das Sorgerecht alleine oder gemeinsam mit dem Vater ausüben möchte. Dieser (im konkreten Beispiel noch dem Interessenausgleich zuzurechnende) Zweck ist aber verfassungsrechtlich illegitim, weil die Regelung nicht allein dem von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG vorgegebenen Ziel dient, das Kindeswohl zu schützen.²³⁸

(2015), S. 539: „Die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeitsprüfung an die Rechtsnatur einer Norm zu knüpfen hieße deshalb, [die hinter der Norm stehenden politischen] Absichten und die tatsächliche Wirkung des Rechts ohne sachlichen Grund zu ignorieren.“

²³³ Vgl. nur *Pieroth / Schlink / Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 71.

²³⁴ BVerfGE 67, 157, 178; 85, 226, 235–237; 100, 226, 243; 115, 166, 192; 115, 205, 234; 120, 224, 241; 130, 372, 392; *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 140–250; *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot (1989), S. 7–50; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 177–243. Kritisch dazu *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. XIII–XV; *Pieroth / Schlink / Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 73 f.

²³⁵ Vgl. *Kunig*, in: FS Prölss (2009), S. 143, 149: „Was den Kriterien der Verhältnismäßigkeit genügt, wird kaum je das Attest verdienen, wegen einer Verletzung des Wesensgehalts des in Rede stehenden Grundrechts verfassungswidrig zu sein; erweist sich indessen eine Maßnahme bereits als unverhältnismäßig, kann dahin stehen, ob sie gleichermaßen auch den Wesensgehalt des Grundrechts verletzt.“

²³⁶ Ausführlich dazu *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 64–73.

²³⁷ Vgl. *Pieroth / Schlink / Kingreen u. a.*, Grundrechte³⁰ (2014), S. 184.

²³⁸ BVerfGE 127, 132, 146.

Negative Anforderungen an den legitimen Regelungszweck ergeben sich insbesondere aus der Gewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Für diesen Bereich hat das BVerfG die so genannte „Sphärentheorie“ entwickelt, welche im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Eingriffen in die Intim-, Privat- und Sozialsphäre unterscheidet.²³⁹ Die Intimsphäre bildet demnach einen „unantastbare[n] Bereich menschlicher Freiheit [...], der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“.²⁴⁰ Damit ist eine Norm des regulatorischen Privatrechts, die einen Eingriff in die Intimsphäre bewirkt, wegen Verfolgung eines illegitimen Regelungszwecks per se verfassungswidrig. So ist es dem Staat beispielsweise verboten, durch regulatorisches Familien- oder Erbrecht die Wahl des Ehepartners zu beeinflussen (z. B. durch gesetzliche Ebenbürtigkeitsklauseln).²⁴¹ Die Privatsphäre ist der Intimsphäre in der Schutzintensität nachgelagert,²⁴² so dass Eingriffe in die Privatsphäre dann gerechtfertigt werden können, wenn sie „im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit“ erfolgen.²⁴³ So mag es zwar grundsätzlich eine Frage der alleinigen privaten Entscheidung sein, ob und in welchem Ausmaß jemand Alkohol konsumiert;²⁴⁴ kommt es jedoch aufgrund von Alkoholisierung zu einer Verletzung fremder Rechtsgüter, besteht ein überwiegendes Interesse der Allgemeinheit, aufgrund dessen der Staat präventiv steuernd Anreize gegen den Alkoholkonsum setzen darf, z. B. mittels des regulatorischen Schadensersatzrechts. Die geringsten Anforderungen gelten für den Eingriff in solche Bereiche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welche allein die Sozialsphäre betreffen.²⁴⁵ So hat das BVerfG beispielsweise entschieden, dass ein „legitimes gesetzgeberisches Ziel“ ausreicht, um das in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifende Verbot von Mehrfachnamen (§ 1355 Abs. 4 S. 2 BGB) zu rechtfertigen.²⁴⁶

Im Bereich der sonstigen Freiheitsrechte, insbesondere der den Wirtschaftsverkehr schützenden Gewährleistungen, ergeben sich dagegen nur geringe Anforderungen aufgrund des Gebots eines legitimen Regelungszwecks. Denn obwohl

²³⁹ Grundlegend BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379. Ausführliche Darstellung bei Lang, in: BeckOK GG (Stand: 01.03.2015), Art. 2 Rn. 35–44.

²⁴⁰ Grundlegend BVerfGE 6, 32, 41. Nach BVerfGE 138, 377, 395 besteht bei einer Berührung der Intimsphäre sogar im Bereich des interessenausgleichenden Privatrechts ein Gesetzesvorbehalt.

²⁴¹ Vgl. BVerfG NJW 2004, 2008, 2010 (dort im Zusammenhang mit einer testamentarischen Ebenbürtigkeitsklausel, also – mangels einer staatlichen Steuerungsintention – einer Frage der Ausgestaltung von Testierfreiheit und Eheschließungsfreiheit).

²⁴² BVerfGE 119, 1, 30.

²⁴³ BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379; 33, 367, 376 f.; 34, 238, 246.

²⁴⁴ Vgl. BVerfGE 35, 202, 220: „Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sichern jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann.“

²⁴⁵ Nach Murswiek, in: Sachs, GG⁷ (2014), Art. 2 Rn. 104 gelten insoweit die gleichen Anforderungen wie für Eingriffe in die (nur durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte) allgemeine Handlungsfreiheit.

²⁴⁶ BVerfGE 123, 90, 103.

das BVerfG im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung (Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung“²⁴⁷ ausgeht, erlaubt es Eingriffe in die allgemeine Handlungsfreiheit, die Freiheit der Berufsausübung und die Eigentumsgarantie bereits dann, wenn diese aufgrund vernünftiger Erwägungen des Gemeinwohls zweckmäßig erscheinen.²⁴⁸ Da der Begriff des Gemeinwohls nach h. M. prozessual, insbesondere durch den demokratischen Gesetzgeber, konkretisiert wird,²⁴⁹ werden damit lediglich solche Regelungsziele ausgeschlossen, die selbst gegen Vorgaben der Verfassung (z. B. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG) verstoßen. Jenseits dieser Einzelfälle darf der Gesetzgeber jede Art von Regelungsziel mittels regulatorischen Privatrechts verfolgen.

bb. Geeignetheit

Unter dem Stichwort der Geeignetheit prüft das BVerfG, ob sich das vom Gesetzgeber gewählte Mittel dazu eignet, den angestrebten Zweck zu fördern.²⁵⁰ Verfassungswidrig ist ein Gesetz, wenn es „schlechthin ungeeignet“ zur Erreichung des angestrebten Zwecks ist²⁵¹ bzw. in keinerlei sachlichem Zusammenhang dazu steht.²⁵² Diese Maßstäbe gelten auch für das (regulatorische) Privatrecht.²⁵³

Prüft man die Geeignetheit von Normen des regulatorischen Privatrechts, stellt sich zunächst die Frage, ob das Privatrecht zur Erreichung bestimmter Ziele generell ungeeignet ist. So wird behauptet, das Vertragsrecht sei kein geeignetes Instrument zur Umverteilung im Interesse der Verteilungsgerechtigkeit,²⁵⁴ teilweise wird sogar vorgebracht, das Privatrecht eigne sich überhaupt nicht zur Verfolgung von (der iustitia distributiva zuzurechnenden) Allgemeininteressen.²⁵⁵ Unabhängig davon, ob diese Argumente in der Sache zutreffen,²⁵⁶ behaupten sie jedenfalls nicht, dass umverteilende Regelungen des zwingenden Vertragsrechts praktisch vollständig leer liefen, vielmehr wird geltend gemacht, dass andere Rechtsgebiete – namentlich Steuer- und Sozialrecht – „besser geeignet“ seien, verteilungspolitische Ziele zu erreichen.²⁵⁷ Um die verfassungsrechtliche Eignung zu bejahen, genügt aber bereits die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung,²⁵⁸ die in diesem Fall ohne weiteres gegeben ist. So mag zwar

²⁴⁷ BVerfGE 13, 97, 105.

²⁴⁸ Siehe BVerfGE 80, 137, 159 (zu Art. 2 Abs. 1 GG); BVerfGE 7, 377, 405 (zu Art. 12 Abs. 1 GG); BVerfG NJW 2009, 1259, 1260 (zu Art. 14 Abs. 1 GG).

²⁴⁹ Ausführlich dazu oben S. 241 ff.

²⁵⁰ BVerfGE 90, 145, 172.

²⁵¹ Vgl. BVerfGE 19, 119, 127; 30, 250, 263.

²⁵² BVerfGE 55, 159, 166.

²⁵³ Siehe z. B. BVerfGE 81, 1, 7.

²⁵⁴ Grundlegend *Kaplow / Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667 (1994); aus deutscher Sicht z. B. *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 277.

²⁵⁵ C. Wolf, JZ 1997, 1087, 1090.

²⁵⁶ Dazu ausführlich unten S. 511 ff.

²⁵⁷ *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 130; *Leuschner*, AcP 205 (2005), 205, 233.

²⁵⁸ BVerfGE 96, 10, 23; 100, 313, 373; 103, 293, 307.

eine Regelung des sozialen Mietrechts, mittels der der Gesetzgeber (jenseits des Schutzes der genuin mietrechtlichen Interessen des Mieters) eine Umverteilung von „Reich“ zu „Arm“ bewirken möchte, nicht stets zum Erfolg führen, weil es auch Konstellationen gibt, in denen der Mieter wohlhabend, der Vermieter aber bedürftig ist.²⁵⁹ Die Annahme ist aber plausibel, dass das Umverteilungsziel jedenfalls in manchen, wahrscheinlich sogar den meisten Fällen erreicht wird. Dies genügt bereits, um die Geeignetheit der Norm zu bejahen. Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber zudem einen weiten Beurteilungs- und Prognosespielraum hinsichtlich der Eignung eines gewählten Mittels zur Erreichung des angestrebten Ziels zu.²⁶⁰ Damit sind auf Umverteilung gerichtete Privatrechtsnormen nicht mangels Geeignetheit grundsätzlich verfassungswidrig.

Die Eignung privatrechtlicher Regulierung zur Erreichung eines Steuerungsziels wird aber dann infrage gestellt, wenn der Gesetzgeber dem durch die Norm ermächtigten Privaten so geringe Anreize zur Rechtsdurchsetzung bietet, dass die Möglichkeit einer privatrechtlichen Rechtsverfolgung rein theoretisch bleibt.²⁶¹ Basiert der Steuerungszweck gerade darauf, dass die entsprechende Norm nicht nur freiwillig befolgt, sondern bei Verstößen auch zwangsweise durchgesetzt wird,²⁶² muss der Gesetzgeber Abhilfe schaffen, etwa durch eine Beweislastumkehr (wenn die hohen Beweishürden der hemmende Faktor sind) oder durch Zulassung von Sammelklagen (wenn das Kostenrisiko die wirksame Rechtsdurchsetzung gefährdet).

Das Erfordernis der Geeignetheit steht einer Regulierung mittels Privatrecht also nicht grundsätzlich entgegen. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine spezifische Norm des regulatorischen Privatrechts zur Erreichung des konkret damit verfolgten Zwecks ungeeignet ist. Insoweit besteht kein Unterschied zur Überprüfung öffentlich-rechtlicher Eingriffsnormen.

cc. Erforderlichkeit

Im Rahmen der Erforderlichkeit prüft das BVerfG, ob „der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können“.²⁶³ Bezogen auf das regulatorische Privatrecht ergibt sich daraus die Frage, ob die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente des Privatrechts zueinander in einem hierarchischen Verhältnis stehen.²⁶⁴ Diese Frage lässt sich nicht generell beantworten; im Folgenden

²⁵⁹ Vgl. *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 259.

²⁶⁰ BVerfGE 90, 145, 173; siehe aber auch BVerfGE 49, 89, 130 zur Überprüfungspflicht des Gesetzgebers.

²⁶¹ Vgl. BVerfGE 117, 163, 193–197.

²⁶² Zum Unterschied zwischen Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung und ihrem Zusammenhang mit der Regulierungswirkung siehe ausführlich unten S. 450 ff.

²⁶³ BVerfGE 90, 145, 172 m. w. N.

²⁶⁴ An dieser Stelle wird nicht untersucht, ob und ggf. welche verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Wahl regulatorischen Privatrechts anstelle von Verwaltungs- oder Strafrecht aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz folgen. Dazu ausführlich unten S. 605 ff.

sollen exemplarisch drei Fallgruppen des regulatorischen Privatrechts betrachtet werden.

Die erste Fallgruppe betrifft das Verhältnis von Gefährdungs- und Verschuldenshaftung. Die Verhaltenssteuerung durch Haftungsrecht zählt zu den Klassikern des regulatorischen Privatrechts.²⁶⁵ Der Gesetzgeber steht dabei vor der Entscheidung, ob er den potentiellen Schädiger mittels einer Fahrlässigkeitshaftung oder durch Auferlegung einer verschuldensunabhängigen Garantiehaftung zu optimalen Sorgfaltsanstrengungen animieren möchte. Regulierungsziel ist insoweit das öffentliche Interesse, die Zahl und die Schwere von Unfällen auf ein bestimmtes Niveau oder so stark wie möglich zu begrenzen. Unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung zur Erreichung dieses Regulierungsziels sind Gefährdungs- und Verschuldenshaftung gleichermaßen geeignet, den Schädiger dazu anzuhalten, so lange in Schadensvermeidungsaufwand zu investieren wie die dazu aufgewandten Kosten geringer sind als die dadurch eintretende Reduzierung der erwarteten Haftung.²⁶⁶

Der wesentliche Unterschied zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung ergibt sich in dem Fall, dass trotz optimaler Vorkehrungen ein Schaden eintritt. Handelt es sich um eine Fahrlässigkeitshaftung, entgeht der Schädiger der Haftung, während er im Falle der Gefährdungshaftung den Schaden nichtsdestotrotz zu tragen hat. Gemessen an dem Regulierungsziel der Unfallvermeidung greift die Verschuldenshaftung deshalb weniger stark in die Grundrechte des Schädigers ein und stellt im Vergleich zur Gefährdungshaftung ein milderes Mittel dar. Dies könnte dafür sprechen, dass der Einsatz von Gefährdungshaftungstatbeständen unverhältnismäßig, weil nicht erforderlich ist.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG führt die Existenz eines milderen Mittels aber nur dann zu einem Verstoß gegen das Erforderlichkeitsgebot, wenn das mildere Mittel „in jeder Hinsicht“ gleichwertig zur Zweckerreichung geeignet ist.²⁶⁷ Ob ein Verstoß gegen das Erforderlichkeitsgebot vorliegt, lässt sich deshalb nicht allgemein beantworten. Es kommt vielmehr darauf an, um welchen Lebenssachverhalt es sich handelt und ob der Gesetzgeber mit dem Erlass der Haftungsnorm zusätzliche Ziele jenseits der Schadensvermeidung verfolgt. So unterscheiden sich Gefährdungs- und Verschuldenshaftung auch dadurch, dass der Schädiger im ersten Falle selbst bestimmt, welcher Schadensvermeidungsaufwand angemessen ist, während dies bei der Fahrlässigkeitshaftung der Zivilrichter entscheidet. Handelt es sich um einen Sachbereich, in dem es den Gerichten schwer fällt, gesicherte Informationen zu erhalten oder diese zu bewerten (etwa riskante, technisch hoch komplizierte Produktionsvorgänge), kann eine Gefährdungshaftung unter dem Gesichtspunkt der Schadensvermeidung besser geeignet sein als eine – möglicherweise durch die Gerichte falsch kalibrierte – Verschuldenshaftung.²⁶⁸

²⁶⁵ Grundlegend dazu *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451–471.

²⁶⁶ Siehe statt aller *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 179–181.

²⁶⁷ BVerfGE 30, 292, 319; 81, 70, 91.

²⁶⁸ Siehe zum Ganzen *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 181.

Außerdem besteht ein wichtiger Unterschied darin, dass die Verschuldenshaftung lediglich Anreize dazu setzt, optimale Schadensvorsorge zu treffen, nicht aber das Ausmaß einer Tätigkeit beeinflussen kann. Will der Gesetzgeber neben der Schadensvermeidung erreichen, dass eine gefährliche Tätigkeit insgesamt seltener ausgeübt wird, kann er dies nur durch eine Gefährdungshaftung erreichen, die dem Schädiger sämtliche sozialen Kosten seines Handelns auferlegt.²⁶⁹

Schließlich ist die Gefährdungshaftung einer Verschuldenshaftung in solchen Fällen überlegen, in denen der Gesetzgeber neben der Verhaltenssteuerung auch einen Versicherungszweck verfolgt (z.B. § 7 StVG i. V.m. § 1 PflVG). Nur eine Gefährdungshaftung stellt sicher, dass sämtliche Opfer einer bestimmten Tätigkeit Entschädigung erlangen.²⁷⁰

Ist dagegen keine derartige Ausnahmekonstellation gegeben, stellt die Regulierung mittels eines Gefährdungshaftungstatbestands einen Verstoß gegen das Erforderlichkeitsgebot dar.

Als zweites Beispiel soll das Verhältnis von zwingendem Vertragsrecht und AGB-Kontrolle betrachtet werden. Kommt es in der Praxis in einem bestimmten Lebensbereich dazu, dass das dispositive Gesetzesrecht mittels AGB flächendeckend durch Regelungen ersetzt wird, welche die Rechtsstellung des anderen Teils gegenüber der Gesetzeslage erheblich verschlechtern und dadurch ein öffentliches Interesse beeinträchtigen, kann der Gesetzgeber entweder mittels zwingenden Vertragsrechts gegensteuern oder eine Inhaltskontrolle der AGB vorsehen, die sich am Leitbild des dispositiven Rechts orientiert.²⁷¹ In der Literatur wird geltend gemacht, dass die Inhaltskontrolle gegenüber dem zwingenden Vertragsrecht das mildere Mittel sei, da sie die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild zulasse, wenn der AGB-Verwender im konkreten Einzelfall ein berechtigtes Interesse daran hat.²⁷² Träfe dies zu, wäre der Einsatz von zwingen-

²⁶⁹ Grundlegend *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 196–198; siehe auch *Wagner*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Vorbemerkungen vor § 823 Rn. 52. Besagt beispielsweise eine Haftungsnorm, dass ein Motocrossfahrer, der bei seinen Fahrten fremde Grundstücke beschädigt, den Eigentümern auf Schadensersatz haftet, wenn er nicht besonders schonende Reifen benutzt, gibt ein solcher Fahrlässigkeitsstandard lediglich einen Anreiz dazu, die entsprechenden Reifen auch tatsächlich aufzuziehen (sofern diese günstiger sind als die andernfalls zu erwartenden Ersatzansprüche). Eine Norm, derzufolge die Haftung unabhängig von einem Verschulden eintritt, wird den Fahrer ebenfalls dazu bringen, die Reifen aufzuziehen, weil dann die zu ersetzenden Schäden geringer ausfallen; gleichzeitig – und anders als im Fall der Fahrlässigkeitshaftung – wird er aber insgesamt weniger Fahrten unternehmen, da er (und nicht die Grundstückseigentümer) die trotz des sorgfältigen Verhaltens entstehenden Schäden tragen muss.

²⁷⁰ Dass dies auch durch eine Selbstversicherung der Opfer geschehen könnte (vgl. *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 261–266 zu ökonomischen Kriterien, wann eine Selbstversicherung einer Haftung des Schädigers überlegen ist), stellt die Erforderlichkeit der Gefährdungshaftung nicht infrage. Die Selbstversicherung ist insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Kostentragungspflicht keine gleichwertige Alternative im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes.

²⁷¹ Siehe zu dieser Alternative bereits oben S. 83 f.

²⁷² *Wagner*, ZEuP 2010, 243, 266.

dem Vertragsrecht unverhältnismäßig, weil nicht erforderlich. Erneut kommt es deshalb darauf an, ob die Inhaltskontrolle „in jeder Hinsicht“ gleichwertig zur Zweckerreichung geeignet ist.

Die AGB-Kontrolle ist dem zwingenden Vertragsrecht jedenfalls dann gleichwertig, wenn das alleinige Regulierungsziel darin besteht, ein Marktversagen zu verhindern, indem die andere Partei (typischerweise den Verbraucher) vor den beim Preisvergleich unterschiedlicher Angebote nicht bedachten Folgen einer ungünstigen Regelung geschützt wird. Denn die Inhaltskontrolle von AGB hat im Wesentlichen den Effekt, die zulasten des Verbrauchers bestehende Informationsasymmetrie auszugleichen.²⁷³ Dagegen kann ein mögliches Ungleichgewicht an Verhandlungsmacht nicht durch die AGB-Kontrolle korrigiert werden. Der AGB-Verwender kann also theoretisch darauf bestehen, denselben Vertragsinhalt einzelvertraglich zu vereinbaren und wird damit Erfolg haben, wenn die andere Partei keine Alternative zum Vertragsschluss sieht. Derartiges Verhalten kann der Gesetzgeber nicht durch die Anordnung einer AGB-Kontrolle, sondern nur durch zwingendes Vertragsrecht verhindern.

Vor allem kann mittels der Inhaltskontrolle aber keine Konformität des Inhalts bestimmter Vertragstypen erreicht werden. Die Herstellung solcher Konformität ist aber ein wesentliches Regulierungsmittel des europäischen Gesetzgebers zur Herstellung eines einheitlichen Binnenmarkts. Wird der Vertragsinhalt für bestimmte Verbrauchergeschäfte europaweit einheitlich vorgegeben, braucht sich ein Verbraucher nicht darum zu kümmern, aus welchem Mitgliedstaat sein Vertragspartner stammt; er kann vielmehr sicher sein, überall die gleichen Regelungen vorzufinden. Damit kann sich der Wettbewerb allein auf den Preis ausrichten und muss nicht die Besonderheiten unterschiedlicher Rechtssysteme bei der Inhaltskontrolle von AGB berücksichtigen. Zwingendes Vertragsrecht stellt insoweit ein wesentliches Instrument zur Herstellung eines unionsweiten Wettbewerbs um Verbrauchergeschäfte dar.

Als drittes und letztes Beispiel soll das Verhältnis von Einwendung zu Einrede und Gestaltungsrecht betrachtet werden. Der Gesetzgeber kann das Privatrecht nicht nur dadurch regulierend einsetzen, dass er einem Privaten einen Anspruch mit dem Ziel der Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse einräumt. Genauso ist es möglich, einschränkende Rechtsnormen mit regulatorischer Intention einzuführen.²⁷⁴ Dabei steht der Gesetzgeber regelungstechnisch vor der Wahl, ob er eine einschränkende Rechtsnorm als vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung ausgestaltet oder stattdessen eine Einrede oder ein Gestaltungsrecht (z. B. ein Recht zur außerordentlichen Kündigung) vorsieht, welche von dem Berechtigten geltend gemacht bzw. ausgeübt werden müssen. Aus Sicht des Anspruchsinhabers, dessen Recht aus regulatorischen Gründen eingeschränkt wird, stellen Einrede bzw. Gestaltungsrecht mil-

²⁷³ Ausführlich zum Schutzzweck der AGB-Kontrolle oben S. 93 ff.

²⁷⁴ Zu den Normarten des regulatorischen Privatrechts siehe bereits oben S. 75 ff.

dere Mittel dar, weil diese seinem Recht nur dann entgegenstehen, wenn sich der Berechtigte explizit darauf beruft. Ob die Einführung einer von Amts wegen zu beachtenden Einwendung gegen das Erforderlichkeitsgebot verstößt, hängt deshalb erneut davon ab, ob Einrede bzw. Gestaltungsrecht zur Erreichung des Regulierungsziels gleich gut geeignet sind wie die Einwendung.

Grundsätzlich besteht keine Gleichwertigkeit von Einrede und Einwendung. Denn der Regulierungszweck, den die einschränkende Rechtsnorm verfolgt, reicht über den Schutz eines der Beteiligten hinaus (ansonsten handelte es sich um einen wertenden Interessenausgleich). Deshalb wäre es beispielsweise kein geeignetes Regulierungsmittel, die Nichtigkeit eines Unterhaltsverzichts zulasten der Sozialhilfe²⁷⁵ davon abhängig zu machen, dass sich der Unterhaltsberechtigte darauf beruft.

Verstößt eine Regelung des regulatorischen Privatrechts gegen das Erforderlichkeitsgebot, führt dies nicht sofort zu ihrer Verfassungswidrigkeit. Vielmehr ist zuerst zu prüfen, ob die Norm durch eine einschränkende Auslegung oder teleologische Reduktion verfassungskonform angewandt werden kann.²⁷⁶

dd. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Das Bedürfnis für eine dritte Kontrollstufe, die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, resultiert daraus, dass die Grundrechte in den meisten Fällen²⁷⁷ keine besonderen Anforderungen an das vom Gesetzgeber verfolgte Regulierungsziel stellen. Im Rahmen des legitimen Regelungsziels wird lediglich geprüft, ob das Ziel als solches gegen die Verfassung verstößt, für die Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung wird das Regulierungsziel gar nicht mehr überprüft, sondern als gegeben vorausgesetzt. Dies kann dazu führen, dass eine regulierende Norm vordergründig als verhältnismäßig erscheint, weil es kein milderes, gleich geeignetes Mittel gibt, um den Regulierungszweck zu erreichen, dieses Ziel in seiner Bedeutung aber völlig außer Verhältnis zu dem dadurch beeinträchtigten Grundrecht steht.²⁷⁸ Deshalb kann die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs abschließend nur dann bejaht werden, wenn Mittel und Zweck insgesamt in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Während die danach gebotene Abwägung im Kern einzelfallbezogenen ist, lassen sich auch allgemeine Konstellationen identifizieren, in denen eine Regulierung mittels Privatrecht unverhältnismäßig ist.

Zunächst geht es um Fälle, in denen privatrechtliche Regulierung mit straf- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen zusammenfällt. In einer solchen Situation kann sich eine Unverhältnismäßigkeit daraus ergeben, dass zwar jede Rechtsfolge für sich betrachtet zur Erreichung des Regulierungsziels geeignet

²⁷⁵ Vgl. BGHZ 86, 82, 86–88.

²⁷⁶ Vgl. BVerfGE 81, 70, 92. Zu den Grenzen solcher Korrekturen ausführlich unten S. 675 ff.

²⁷⁷ Siehe oben S. 302 ff.

²⁷⁸ Vgl. BVerfGE 77, 84, 111.

und erforderlich erscheint, die Sanktionen „in ihrer Gesamtwirkung [aber] zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen, die das Maß der rechtsstaatlich hinnehmbaren Eingriffsintensität überschreitet“.²⁷⁹ Das BVerfG geht daher in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass bereits verhängte Sanktionen bei einer späteren Sanktionierung anzurechnen bzw. zu berücksichtigen sind.²⁸⁰

Für den Fall des regulatorischen Privatrechts – etwa einen aus regulatorischen Gründen gewährten Schadensersatzanspruch – würde dies bedeuten, dass die Klage abzuweisen wäre, wenn die entsprechende Zuwiderhandlung bereits anderweitig hinreichend sanktioniert wurde. Teilweise wird vorgeschlagen, die privatrechtlichen Rechtsfolgen nur in solchen Fällen zu beschränken, in denen privatrechtliche Ansprüche „primär aus Institutionenschutzgründen gewährt werden“.²⁸¹ Im Ergebnis ist jedoch jegliche Einschränkung der Rechtsfolgen des regulatorischen Privatrechts aufgrund des Zusammentreffens mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen abzulehnen. Eine solche Einschränkung wäre für den die Rechtsdurchsetzung betreibenden Privaten häufig ex ante nicht absehbar und würde daher die Anreize zur privaten Rechtsdurchsetzung erheblich beeinträchtigen. Die durch die regulatorische Privatrechtsdurchsetzung zu erzielenden finanziellen Vorteile bilden den wesentlichen Anreiz für Private, sich für das Interesse der Allgemeinheit zu engagieren. Demgegenüber beruht die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung auf dem Legalitätsprinzip, welches Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist. Der Staat verfolgt mit der Verhängung von Bußgeldern und Geldstrafen keine eigenen finanziellen Interessen, sondern verlangt dem Täter eine Vermögensbuße allein deshalb ab, um bestimmte Strafzwecke zu verfolgen.²⁸² Können diese Zwecke auch durch die Begleichung eines privatrechtlichen Anspruchs erfüllt werden, muss deshalb die öffentlich-rechtliche Sanktion zurücktreten. Im Ergebnis sind Ansprüche des regulatorischen Privatrechts daher nicht aufgrund des Zusammentreffens mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen zu beschränken.²⁸³

Die zweite zu untersuchende Fallgruppe betrifft Konstellationen, in denen den Adressaten einer privatrechtlichen Regulierung keine oder keine hinreichende Verantwortlichkeit für das verfolgte Regulierungsziel trifft, so dass sich seine privatrechtliche Haftung ausschließlich als Mittel zum Zweck, nicht aber als Ausdruck eines Mindestmaßes an rechtsethischer Missbilligung verstehen

²⁷⁹ BVerfGE 130, 372, 392.

²⁸⁰ BVerfGE 21, 378, 388; 27, 180, 188; 66, 337, 357.

²⁸¹ Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 360.

²⁸² So die h. M., vgl. Hefendehl, in: MünchKomm. StGB² (2014), § 263 Rn. 461; BGHSt 38, 345, 351 f.

²⁸³ Für ein Beispiel siehe § 34 Abs. 2 GWB, der in seinem Satz 2 auch eine nachträgliche Rückzahlung abgeschöpfter wirtschaftlicher Vorteile vorsieht, wenn es später zu einer entsprechenden Schadensersatzzahlung gekommen ist. Kommt es auch in anderen Rechtsgebieten zu entsprechenden Übersanktionierungen, kann § 34 Abs. 2 S. 2 GWB im Wege der Analogie ausgedehnt werden, um einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu vermeiden.

lässt.²⁸⁴ Ein Beispiel kann dies verdeutlichen: Es ist ein sehr wirkungsvolles Mittel zur Stärkung der Verkehrssicherheit, den Anliegern einer Straße eine Haftung für Körperverletzungen aufzuerlegen, wenn sie es unterlassen, bei Eis und Schnee die öffentlichen Gehwege vor ihren Häusern unverzüglich zu räumen und zu streuen. Bei entsprechender Höhe der drohenden Ersatzleistungen haben die betroffenen Privaten einen starken Anreiz, die Gehwege flächendeckend in einer Geschwindigkeit zu räumen, die bei zentraler Räumung durch die Gemeinde oder ein von dieser eingeschaltetes Unternehmen nicht zu erreichen wäre. Die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe sind daher zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich, weil ein gleich hohes Maß an Sicherheit anderweitig nicht zu gewährleisten ist.²⁸⁵ Trotzdem handelt es sich um einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, weil keinerlei Verantwortungszusammenhang zwischen den belasteten Privaten und der einzudämmenden Gefahr (sofern es sich um öffentliche Straßen und nicht Privatwege handelt) besteht.²⁸⁶

Ein solcher Verantwortungszusammenhang ist stets gegeben, wenn die regulierende Privatrechtsnorm darauf abzielt, das Verhalten des Schuldners oder Gläubigers selbst zu beeinflussen. Geht es dagegen darum, einen Privaten dazu zu bewegen, seinen rechtlichen oder tatsächlichen Einfluss auf einen Dritten geltend zu machen und besteht das eigentliche Ziel der Regulierung darin, das Verhalten dieses Dritten zu beeinflussen,²⁸⁷ ist die Norm nur dann verhältnismäßig, wenn den Privaten eine besondere Verantwortung für das Verhalten des

²⁸⁴ Vgl. BVerfGE 39, 1, 59: „Der Gesetzgeber darf aber nicht nur das Ziel im Auge haben, sei es auch noch so erstrebenswert; er muß beachten, daß auch jeder Schritt auf dem Wege dahin sich vor der Verfassung und ihren unverzichtbaren Postulaten zu rechtfertigen hat. Der Effizienz der Regelung im ganzen darf der Grundrechtsschutz im einzelnen nicht geopfert werden. Das Gesetz ist nicht nur Instrument zur Steuerung gesellschaftlicher Prozesse nach soziologischen Erkenntnissen und Prognosen, es ist auch bleibender Ausdruck sozialetischer und – ihr folgend – rechtlicher Bewertung menschlicher Handlungen; es soll sagen, was für den Einzelnen Recht und Unrecht ist.“

²⁸⁵ Demgegenüber meinen *Larenz / Canaris*, Schuldrecht, Bd. II.2¹³ (1994), S. 429, dass es einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Erforderlichkeitsgebot darstelle, wenn den Anwohnern nicht die Option offenstehe, die Streupflicht durch Zahlung eines Beitrags an die Gemeinde abzuwenden, die dann zentral das Streuen übernimmt. Sofern die Räumung durch die Anwohner schneller flächendeckend Verkehrssicherheit gewährleisten kann, ist die zentrale Wahrnehmung aber kein gleichwirksames Mittel.

²⁸⁶ Vgl. *Larenz / Canaris*, Schuldrecht, Bd. II.2¹³ (1994), S. 413, die mit dieser Begründung eine Verkehrssicherungspflicht i. S. v. § 823 Abs. 1 BGB verneinen. Hinsichtlich einer öffentlich-rechtlichen Streupflicht, die gemäß § 823 Abs. 2 BGB zu einer privatrechtlichen Haftung führt, halten *dies.*, aaO., S. 429 dagegen einen solchen Verantwortungszusammenhang offenbar nicht für erforderlich, sondern stellen darauf ab, dass eine Streupflicht ohne Abwendungsmöglichkeit nicht erforderlich sei; dazu bereits in der vorigen Fn. Für das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann es aber nicht darauf ankommen, ob die Haftung für eine Verletzung der Streupflicht auf § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gestützt wird.

²⁸⁷ Dies ist etwa der Fall bei der so genannten „gatekeeper“-Haftung, bei der ein unabhängiger Außenseiter, der eine eigene Reputation und eigenes Vermögen hat, dafür haftbar gemacht wird, dass er einen Dritten nicht von einer verbotenen Handlung abgehalten hat.

Dritten trifft. Eine solche Verantwortung kann sich kraft Gesetzes ergeben (z. B. durch das elterliche Sorgerecht oder weil der Betreffende „Störer“ im Sinne des Gefahrenabwehrrechts ist), aufgrund von Gesellschaftsrecht (z. B. §§ 78 AktG, 35 GmbHG, §§ 31, 278, 831 BGB) oder als Folge eines Schuldverhältnisses, insbesondere eines Arbeitsvertrags (z. B. §§ 278, 831 BGB). Fehlt dagegen jeglicher Verantwortungszusammenhang bzw. entsteht erst aufgrund der regulierenden Privatrechtsnorm als solcher der Anreiz, die Verantwortung erstmals zu übernehmen, um den andernfalls drohenden privatrechtlichen Konsequenzen zu entgehen, ist die Regelung unverhältnismäßig.

Geht es um die Beeinflussung des Verhaltens einer am Schuldverhältnis beteiligten Person bzw. besteht ein entsprechender Verantwortungszusammenhang, muss der betreffende Private grundsätzlich auch die mit seiner Indienstnahme verbundenen finanziellen Lasten, z. B. erhöhte Compliance-Kosten oder die Belastung mit Schadensersatzansprüchen bei Verstoß gegen die Verhaltenspflichten, tragen. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist hier nur dann eine Einschränkung angebracht, wenn die finanziellen Lasten – auch nach Ausschöpfung aller Versicherungsmöglichkeiten – eine Dimension annehmen, die die Ausübung der sozial erwünschten Tätigkeit derart riskant machen, dass die Nichterfüllung einer öffentlichen Aufgabe droht.²⁸⁸ In diesem Fall kann eine Regulierung mittels Privatrecht gegenüber dem Einsatz eines anderen Rechtsregimes insgesamt unverhältnismäßig sein.²⁸⁹

Schließlich sind drittens solche Fälle zu nennen, in denen die konsequente Durchsetzung einer regulatorischen Privatrechtsnorm von der Rechtsordnung anderweitig verfolgte Steuerungsziele beeinträchtigen würde. Derartige Konstellationen können im regulatorischen Privatrecht besonders häufig auftreten, weil hier – trotz der Zweipoligkeit des Grundrechtsverhältnisses²⁹⁰ – stets mindestens zwei Parteien beteiligt sind, die ggf. beide Adressaten unterschiedlicher privatrechtlicher Regulierungen sein können. So hat der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1976 den auf Ersatz des Verdienstauffalls gerichteten Deliktsanspruch einer Prostituierten gegen den Verursacher eines Verkehrsunfalls aus regulatorischen Gründen wegen der sozialetischen Missbilligung ihrer Tätigkeit weitgehend ausgeschlossen.²⁹¹ Dabei ergab sich aber das Problem, dass ein gänzlicher Ausschluss des Schadensersatzes die aufgrund des Interessenausgleichs angemessene Kompensation unterschritten hätte. Deshalb entschloss sich der BGH zu einer „salomonischen Lösung“, indem er den Ersatzanspruch „durch die Höhe eines existenzdeckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von

Grundlegend *Kraakman*, 93 Yale L. J. 857, 888–896 (1984). Beispiele sind Emissionsbank oder Abschlussprüfer; ausführlich dazu *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 296–305.

²⁸⁸ Ein Beispiel ist die Diskussion um die Haftpflichtprämien für Hebammen; siehe dazu *Schanz / Schuck*, RDG 2012, 220 ff.

²⁸⁹ Ausführlich dazu unten S. 605 ff.

²⁹⁰ Vgl. oben S. 286 ff.

²⁹¹ Vgl. BGHZ 67, 119.

jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist“, begrenzte.²⁹² Zur Begründung nahm der Senat eine Abwägung der jeweiligen Regelungsziele vor.²⁹³ Unabhängig davon, wie diese Entscheidung inhaltlich zu bewerten ist (so erwähnt der BGH etwa nicht, dass vor allem auch die präventive Wirkung der Haftung für potentielle Schädiger als konkurrierendes Regulierungsziel durch einen Ausschluss des Schadensersatzes beeinträchtigt würde), zeigt sie beispielhaft, dass es im Einzelfall geboten sein kann, eine regulatorische Privatrechtsnorm einschränkend auszulegen oder teleologisch zu reduzieren, um anderweitig durch die (Privat-)Rechtsordnung verfolgte Ziele nicht zu beeinträchtigen.

*c. Praktische Konkordanz im regulatorischen Privatrecht?
Regulatorisches Vertragsrecht als Sonderfall?*

Im Anschluss an die gerade behandelte Fallgruppe einer einschränkenden Anwendung regulatorischer Privatrechtsnormen im Interesse konkurrierender (Regulierungs-)Ziele ist zu untersuchen, ob das regulatorische Privatrecht nicht grundsätzlich erfordert, dass zwischen den Interessen der beteiligten Privaten praktische Konkordanz hergestellt wird, insbesondere, wenn es sich um Regulierung im Bereich des Vertragsrechts handelt.

Insoweit ist zunächst eine klarstellende Abgrenzung erforderlich: Wenn es darum geht, im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung das durch die privatrechtliche Regulierung betroffene grundrechtlich geschützte Interesse mit dem mittels des Eingriffs verfolgten öffentlichen Interesse in Ausgleich zu bringen, kann man diesen Prozess als die Herstellung praktischer Konkordanz umschreiben.²⁹⁴ So ist etwa bei einer regulierenden Einschränkung der Pressefreiheit zum Schutz der Kinder Prominenter (als Drittbetroffene, die sich nicht selbst der Öffentlichkeit ausgesetzt haben)²⁹⁵ das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit in die Abwägung einzubeziehen.

²⁹² BGHZ 67, 119, 128.

²⁹³ BGHZ 67, 119, 127: „Ein solches Ergebnis [d. h. keinerlei Ersatz des Verdienstausfallschadens; A.H.] schösse indessen über die gebotene soziaethische Korrektur so weit hinaus, daß es in anderer Richtung anstößig wäre. Dem Schädiger erwüchse dann aus der Anrühigkeit des Dirnen.gewerbes, vor deren Auswirkungen er geschützt werden soll, über diesen Schutz hinaus eine unverdiente Begünstigung, u.U. auf Kosten der Allgemeinheit. Das gilt es zu verhüten. Er darf zwar, wie bemerkt, grundsätzlich nicht mit Ersatzansprüchen belastet werden, die die Verhinderung anstößigen Erwerbs ausgleichen sollen und insbesondere auch der Höhe nach durch diese Erwerbsart geprägt sind. Soweit es aber nur darum geht, einen Ausgleich dafür zu schaffen, daß der an seiner Gesundheit Geschädigte – was der Schädiger zu vertreten hat – nicht mehr in der Lage ist, einen seinen notwendigen Existenzaufwand deckenden Erwerb zu erzielen, wird der Schädiger nicht eigentlich durch den Umstand berührt, daß der Geschädigte diesen Erwerb durch eine Tätigkeit erzielte, die mit einem sittlichen Unwerturteil belastet ist.“

²⁹⁴ Siehe dazu erneut die grundlegenden Ausführungen von Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995), S. 28; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 153.

²⁹⁵ Vgl. BVerfGE 101, 361, 385 f.

Nicht angängig ist es hingegen, allein aufgrund der systematischen Verortung einer regulatorischen Norm im Privatrecht, die Interessen der an dem privatrechtlichen Rechtsverhältnis beteiligten Parteien einer generellen Abwägung zu unterziehen. So wird auch im Öffentlichen Recht lediglich das vom Gesetzgeber verfolgte öffentliche Interesse in die Abwägung eingestellt, nicht aber die positiven (Neben-)Effekte, die sich aus einer bestimmten Regulierung für Dritte ergeben, deren Vorteil nicht mit dem der Regelung zugrunde liegenden öffentlichen Interesse kongruent ist.²⁹⁶ Regulatorisches Privatrecht dient – im Gegensatz zum interessenausgleichenden Privatrecht²⁹⁷ – nicht dem Ausgleich konfligierender privater Interessen, sondern der Verfolgung eines Regulierungsziels im öffentlichen Interesse. Dies zeigt sich besonders deutlich am Grenzfall der Durchsetzung regulatorischen Privatrechts im Wege der Verbandsklage (etwa gemäß § 1 UKlaG), da der klagende Verband über keinerlei abwägungsfähige private Interessen verfügt.²⁹⁸ Nichts anderes gilt aber auch für die Durchsetzung regulatorischen Privatrechts durch natürliche Personen oder private Unternehmen. Auch für Regulierung mittels Vertragsrecht ist insoweit keine Ausnahme zu machen. Vorschriften des regulierenden Vertragsrechts dienen (wie das regulatorische Privatrecht insgesamt) in erster Linie der Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse, die Interessen der anderen Vertragspartei werden lediglich reflexhaft geschützt.

Ein Anschauungsbeispiel bildet das berühmte Urteil des RG zu den Rechtsfolgen eines Wucherdarlehens. Demnach steht dem Bewucherten trotz der Nichtigkeit des Vertrags gemäß § 138 BGB nicht nur die Nutzung der Darlehensvaluta für die vertraglich vereinbarte Nutzungsdauer zu, vielmehr muss er dafür auch keinerlei Zinsen entrichten.²⁹⁹ Während das Recht, die Valuta bis zum Zeitpunkt der vertraglichen Fälligkeit behalten zu dürfen, als gerechter Ausgleich der Interessen beider Parteien angesehen werden kann, gilt dies nicht mehr für den auf § 817 S. 2 BGB gestützten Verlust jeglichen Zinsanspruchs. Dabei handelt es sich vielmehr um eine verhaltenssteuernde Maßnahme mit generalpräventiver Intention. Dies kommt in der Begründung des RG auch klar zum Ausdruck:

[D]ie vereinbarten Nutzungsvergütungen entfallen wegen Vertragsnichtigkeit; Vorschriften aber über *gesetzliche* Zinsen (so § 353 HGB.) und Nutzungsherausgabe (§ 818 Abs. 1 BGB.) greifen nicht ein, solange dem Darlehensnehmer die Kapitalnutzung auf Grund der besonderen Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB. nicht entzogen werden darf. Deren Bedeutung als Strafvorschrift auf bürgerlichrechtlichem Gebiete läßt es gerechtfertigt erscheinen,

²⁹⁶ Siehe z.B. BVerfGE 97, 12, 31, wonach das Interesse der Rechts- und Patentanwälte an der Ausschaltung von Konkurrenz durch Dienstleister, die Patentgebühren-Überwachung betreiben, nicht in die Abwägung zwischen der Berufsfreiheit dieser Dienstleister und der Gewährleistung einer ordentlichen Rechtspflege einzustellen ist.

²⁹⁷ Dazu oben S. 282 ff.

²⁹⁸ Zum Grenzfall UKlaG siehe auch bereits oben S. 251 f.

²⁹⁹ Vgl. RGZ 161, 52, 57 f.

ihr den Vorrang vor den erwähnten anderen Bestimmungen zu geben, um dem Wucherer den Nachteil des Entgangs von Nutzungen zuzufügen, die er mit seinem verwerflichen Tun im Übermaß erstrebte.³⁰⁰

Das Interesse des Bewucherten spielt für das RG zu Recht keine Rolle. Grundrechtsdogmatisch bedeutet dies, dass in die Abwägung das öffentliche Interesse an der Prävention von Kreditwucher einerseits und der unter Art. 14 Abs. 1 GG fallende Schutz des Zinsanspruchs einzustellen sind, nicht aber die Vorteile, welche der Bewucherte dadurch erlangt, dass er die Darlehensvaluta ohne Gegenleistung nutzen darf.

3. Grundrechtliche Schutzpflichten und regulatorisches Privatrecht

Abschließend bleibt zu untersuchen, ob und ggf. inwieweit der Gesetzgeber aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten zur Regulierung mittels Privatrecht verpflichtet sein kann. Wie oben bereits ausgeführt, stellt die grundrechtliche Schutzpflicht im Rahmen des maßgeblich von *Canaris* begründeten Konzepts der h.M. die entscheidende Ergänzung zur abwehrrechtlichen Funktion der Grundrechte im Privatrecht dar.³⁰¹ In diesem Modell legitimiert und erfordert die Schutzpflicht Eingriffe in die Grundrechte Dritter, insbesondere in die Privatautonomie.³⁰²

Folgt man dagegen dem in dieser Studie vorgeschlagenen Ansatz und unterscheidet zwischen Eingriffen und Ausgestaltung als unterschiedliche Typen der Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzbereiche, denen auf Ebene des Privatrechts die Regulierungsfunktion und die Interessenausgleichsfunktion entsprechen,³⁰³ entfällt die Notwendigkeit, bei offensichtlich verfassungsrechtlich unangemessenen Ausgestaltungen der Privatrechtsordnung die grundrechtliche Schutzpflicht und das kaum justiziable Untermaßverbot zu bemühen.³⁰⁴ Stattdessen stellt sich die gänzlich fehlende Berücksichtigung eines grundrechtlich geschützten Interesses im privatrechtlichen Interessenausgleich als per se unangemessene und damit verfassungswidrige Ausgestaltung dar.³⁰⁵ Damit erweist sich der auf die Bewältigung dreipoliger Grundrechtskonflikte zugeschnittene Interessenausgleich und nicht die Regulierung als das vorrangige Instrument zur Remedur einer Unterschreitung des grundrechtlich erforderlichen Schutzniveaus im Privatrecht.

Die Frage nach einer grundrechtlichen Pflicht des Gesetzgebers, *regulatorisches* Privatrecht einzusetzen, lässt sich daher auf die Problemstellung zuspitzen, wann eine Pflicht des Staates besteht, im *öffentlichen Interesse* Verhaltens-

³⁰⁰ RGZ 161, 52, 57 f. (Hervorhebung im Original; interner Verweis weggelassen).

³⁰¹ Siehe oben S. 273.

³⁰² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 48–50.

³⁰³ Siehe oben S. 280 ff.

³⁰⁴ Siehe bereits oben S. 284, Fn. 115.

³⁰⁵ Ausführlich dazu oben S. 283 f.

steuerung zu betreiben und unter welchen Umständen diese Pflicht durch individuelle Grundrechtsträger geltend gemacht werden kann. Eine solche Zuspitzung der Fragestellung erhellt unmittelbar, weshalb das BVerfG die grundrechtliche Schutzpflicht zu Recht als Ausfluss der durch die Grundrechte begründeten objektiven Wertordnung einstuft.³⁰⁶ In ihrer Ausprägung als Schutzpflicht übernehmen die Grundrechte die Funktion, die aufgrund des offenen Gemeinwohlbegriffs kaum zu operationalisierende Staatsaufgabenlehre³⁰⁷ zu komplementieren, indem dem Gesetzgeber bestimmte Regulierungsaufträge zugewiesen werden. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es grundsätzlich Angelegenheit des Gesetzgebers, zu entscheiden, wie er einer grundrechtlichen Schutzpflicht gerecht wird.³⁰⁸ Dies liegt daran, dass es eine Vielzahl alternativer Möglichkeiten geben kann, die Schutzpflicht zu erfüllen, so dass alle Alternativen hinreichend, keine für sich genommen aber notwendig ist.³⁰⁹

Das Untermaßverbot stellt ein rechtsdogmatisches Vehikel dar, welches es erlaubt, diese zunächst rein objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte im Rahmen eines subjektiven Rechtsschutzverfahrens einer (verfassungs-)gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen. Weil der einzelne Grundrechtsträger mittels des Untermaßverbots die Erfüllung von funktionalen Staatsaufgaben erzwingen kann, ist es gerechtfertigt, daran besonders hohe Anforderungen zu stellen und eine verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Regulierung nur in besonderen Ausnahmekonstellationen anzuerkennen. Das BVerfG greift dementsprechend erst dann ein, wenn entweder gar keine Schutzvorkehrungen vorgesehen sind oder die getroffenen Maßnahmen zur Erreichung des Schutzziels gänzlich ungeeignet bzw. völlig unzulänglich sind.³¹⁰

Entscheidungen, in denen das BVerfG eine Pflicht des Gesetzgebers bejaht hätte, speziell Mittel des regulatorischen *Privatrechts* einzusetzen, sind dem Verfasser nicht bekannt. Das Gericht hat – soweit ersichtlich – bezogen auf den Einsatz eines bestimmten Regulierungsmittels bislang lediglich die Pflicht des Staats bejaht, das (ungeborene) Leben durch das Strafrecht und „die davon ausgehende Schutzwirkung“ zu schützen.³¹¹ Trotzdem lassen sich aus den Grundrechten be-

³⁰⁶ Vgl. BVerfGE 92, 26, 46; 96, 56, 64.

³⁰⁷ Dazu ausführlich oben S. 233 ff. und S. 237 ff.

³⁰⁸ BVerfGE 39, 1, 44; 46, 160, 164; 88, 203, 254.

³⁰⁹ Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte (1986), S. 421; Klein, NJW 1989, 1633, 1637.

³¹⁰ BVerfGE 56, 54, 81; 77, 170, 215; 79, 174, 202; 92, 26, 46. Obwohl in diesen Entscheidungen der Ausdruck „Untermaßverbot“ nicht fällt, zitiert das BVerfG sie standardmäßig zur Konkretisierung des Untermaßverbotes; vgl. z.B. BVerfG NJW 1995, 2343. In neueren Entscheidungen zitiert das BVerfG die genannten Entscheidungen und fügt dann ergänzend hinzu: „Darüber hinaus hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten. Die Vorkehrungen des Gesetzgebers müssen für einen – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“; vgl. z.B. BVerfG NVwZ 2009, 1494, 1495 (Hervorhebung hinzugefügt).

³¹¹ BVerfGE 39, 1, 47; 88, 203, 257.

stimmte Mindestanforderungen an die Auswahl von Regulierungsinstrumenten ableiten.³¹²

Eine Pflicht zum Einsatz von regulatorischem Privatrecht besteht in solchen Konstellationen, in denen ausschließlich privatrechtliche Mittel geeignet sind, die im öffentlichen Interesse bestehende Schutzpflicht zu erfüllen. Gewährt etwa der Staat subjektive Rechte im öffentlichen Interesse, z. B. Patentrechte zum Zwecke der Innovationsförderung,³¹³ kann sich daraus die verfassungsrechtliche Pflicht ergeben, solche Rechte vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen. In vielen Konstellationen lässt sich ein solcher präventiver Schutz auch durch Androhung von Bußgeldern erreichen, so dass der Einsatz regulatorischen Privatrechts von Verfassungen wegen nicht zwingend erscheint. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die Schadenszufügung für den Täter einen Selbstzweck darstellt. Dies trifft etwa für einen im gleichen Geschäftsfeld Tätigen zu, der sich durch wiederholte Schadenszufügung der Konkurrenz durch den Rechteinhaber endgültig entledigen möchte, indem er diesen in die Insolvenz treibt. In derartigen Ausnahmefällen kann lediglich ein regulatorischer Schadensersatzanspruch, der zugleich durch die Kompensationspflicht die Anreize für ruinöse Schädigungen entfallen lässt, der staatlichen Schutzpflicht genügen.

III. Grundrechtliche Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung

Die grundrechtlichen Grenzen der Anwendung regulatorischen Privatrechts durch die Zivilgerichte unterscheiden sich nicht grundsätzlich, sondern lediglich graduell von den Anforderungen, die den Gesetzgeber beim Erlass solcher Normen treffen.³¹⁴ Dies kommt in der berühmten Schumannschen Formel zum Ausdruck, derzufolge eine Gerichtsentscheidung einen Verfassungsverstoß darstellt, „wenn der angefochtene Richterspruch eine Rechtsfolge annimmt, die der einfache Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte.“³¹⁵ Demgemäß ist die *ratio decidendi* der Gerichtsentscheidung zu identifizieren und sodann zu prüfen, ob diese – gedacht als Gesetzesnorm – mit den Grundrechten vereinbar ist.³¹⁶ Deshalb gelten im Wesentlichen die oben für die Grundrechtsbindung des Gesetzge-

³¹² Dazu ausführlich unten S. 605 ff.

³¹³ Zur Rechtfertigung des Patentrechts siehe nur Rogge, in: Benkard, Patentrecht¹⁰ (2006), Einleitung Rn. 1: „Die Aussicht auf den Erwerb des Schutzrechts, das einen Vorteil im Wettbewerb verschaffen kann, und auf die Nennung des Erfinders gegenüber der Allgemeinheit soll die schöpferischen Persönlichkeiten zu neuen Leistungen anspornen, die die technischen Kenntnisse der Allgemeinheit erweitern und auf diese Weise den allgemeinen Nutzen durch einen ständigen Fortschritt auf dem Gebiet der Technik fördern.“

³¹⁴ Siehe bereits zur Grundrechtsbindung der Zivilgerichte oben S. 272 mit Fn. 43.

³¹⁵ Schumann, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen (1963), S. 207. Siehe auch BVerfGE 54, 224, 235; 97, 12, 27; 111, 366, 377.

³¹⁶ Siehe nur Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 26 f.

bers beim Erlass des regulatorischen Privatrechts entwickelten Grundsätze entsprechend für die Anwendung dieser Normen durch die Zivilgerichte.

Allerdings beschränkt das BVerfG seine Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen auf Verstöße gegen „spezifisches Verfassungsrecht“, so dass zunächst zu untersuchen ist, inwieweit die Anwendung speziell des regulatorischen Privatrechts auf ihre Verfassungsgemäßheit kontrolliert werden kann.

1. Reichweite verfassungsrechtlicher Bindung regulatorischer Privatrechtsanwendung

Wendet sich die unterlegene Partei mit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein zivilgerichtliches Urteil, kann sich die potentielle Verfassungswidrigkeit der Entscheidung zum einen daraus ergeben, dass die angewendete Norm als solche verfassungswidrig ist. Handelt es sich um eine Norm des regulatorischen Privatrechts, richtet sich der Prüfungsumfang des BVerfG in diesem Fall nach den oben dargestellten Grundsätzen.³¹⁷ Zum anderen kann die Beschwerde darauf gestützt werden, dass die Anwendung des an sich verfassungsgemäßen Gesetzes die Grundrechte des Beschwerdeführers verletze. Dabei stellt sich allerdings das Problem, dass aufgrund des lückenlos gewährleisteten Schutzes vor hoheitlichen Grundrechtseingriffen jedes fehlerhafte Urteil (als Ausdruck hoheitlich-staatlicher Tätigkeit) mindestens die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG verletzt und damit jede fehlerhafte Rechtsanwendung zugleich gegen Grundrechte verstieße.³¹⁸ Um nicht zu einer „Superrevisionsinstanz“ zu werden, beschränkt das BVerfG daher die Überprüfung fehlerhafter Rechtsanwendung durch die Fachgerichte auf Verstöße gegen „spezifisches Verfassungsrecht“.³¹⁹

Diese Grundsätze gelten in gleicher Weise für die Überprüfung sämtlicher fachgerichtlicher Entscheidungen; die konkrete Kontrollintensität unterscheidet sich aber danach, inwieweit das angegriffene Urteil die Grundrechtssphäre des Unterlegenen beeinträchtigt.³²⁰

Da interessenausgleichendes Privatrecht keinen Eingriff, sondern lediglich eine grundrechtsbeschränkende Ausgestaltung darstellt,³²¹ hält sich das BVerfG bei der Überprüfung der gerichtlichen Anwendung solcher Normen weitgehend zurück: So schreibt das BVerfG den Zivilgerichten im Bereich des interessenausgleichenden Privatrechts regelmäßig nicht vor, wie sie im Ergebnis zu entscheiden haben.³²² Vielmehr überprüft das BVerfG lediglich, ob das Zivilgericht die im Gesetz zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachvoll-

³¹⁷ Siehe oben S. 288 ff.

³¹⁸ Vgl. W. Roth, AöR 121 (1996), 544, 547 m.w.N.

³¹⁹ Grundlegend BVerfGE 18, 85, 92. Ausführliche Darstellung bei W. Roth, AöR 121 (1996), 544, 548–550.

³²⁰ Voßkuhle, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79, 90 f.

³²¹ Siehe oben S. 282 ff.

³²² BVerfGE 94, 1, 9; 129, 78, 102.

zieht, die die konkurrierenden Grundrechtspositionen beachtet und unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen vermeidet, d. h. praktische Konkordanz herstellt.³²³

Demgegenüber unterzieht das BVerfG die Anwendung des regulatorischen Privatrechts einer strengen Kontrolle, ähnlich der Überprüfung von Eingriffsverwaltung.³²⁴ Da sich regulatorisches Privatrecht dadurch auszeichnet, dass es in Grundrechte eingreift, genügt es für einen effektiven Grundrechtsschutz nicht, lediglich die generell-abstrakte Norm daraufhin zu kontrollieren, ob sie verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, vielmehr ist auch zu überprüfen, ob die eingreifende Anwendung der Regelung im Einzelfall die grundrechtlichen Grenzen, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, beachtet.³²⁵

2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Grenze regulatorischer (Privat-)Rechtsanwendung

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt als Schranken-Schranke jede Art von Eingriff in grundrechtlich geschützte Interessen. Je nachdem auf welchem Abstraktionsniveau der Eingriff erfolgt, ergeben sich aber Unterschiede in der Tiefe der Kontrolle. Geht es um die verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Gesetzesnorm, kommen dem Gesetzgeber eine weitreichende Einschätzungsprärogative und ein Prognosespielraum zu.³²⁶ Es liegt in der Natur generell-abstrakter Regelungen, dass diese nicht die Interessenlage jedes Einzelfalls berücksichtigen können. Anders ist dies bei der Überprüfung einzelfallbezogenen Staatshandelns, etwa behördlicher Verwaltungsakte oder gerichtlicher Entscheidungen. Diese betreffen einen konkreten Lebenssachverhalt und dürfen deshalb grundsätzlich die Grundrechte der beteiligten Personen nur insoweit beschränken, als dies geeignet, erforderlich und angemessen ist, um den Gesetzeszweck zu verwirklichen. Allerdings dürfen die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Einzelfallentscheidungen nicht dazu führen, dass die Steuerungswirkung der Gesetzesnorm als solche erodiert, indem das (Verfassungs-)Gericht in jedem Anwendungsfall an die Stelle der gesetzgeberischen Grundentscheidung eine Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles setzt.

Diesem Konflikt versucht das BVerfG durch den Einsatz variabler Prüfungsmaßstäbe gerecht zu werden (dazu unter a.). Wendet man diese auf das regula-

³²³ BVerfGE 89, 1, 9; 97, 391, 401; 129, 78, 102.

³²⁴ In diesem Sinne bereits BVerfGE 7, 198, 206 f.: Die Anwendung von Vorschriften des zwingenden Privatrechts, die aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelnen verbindlich sein sollen und nach ihrem Zweck eine nahe Verwandtschaft mit dem Öffentlichen Recht aufweisen, kann stets mit der Verfassungsbeschwerde überprüft werden.

³²⁵ Außerdem ist bei der Überprüfung der regulatorischen Privatrechtsanwendung durch die Zivilgerichte zu kontrollieren, ob diese die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung eingehalten haben; dazu unten S. 674 ff.

³²⁶ BVerfGE 50, 290, 332 f.; *Ossenbühl*, in: FS Hoppe (1996), S. 25, 36.

torische Privatrecht an, ergeben sich verschiedene Vorgehensweisen, je nachdem ob es um die Anwendung einer durch den Gesetzgeber bereits konkret gefassten Norm des regulatorischen Privatrechts (dazu unter b.) oder richterrechtliche Regulierung aufgrund einer Generalklausel geht (dazu unter c.).

a. Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe

Das BVerfG legt bei der Überprüfung von Entscheidungen der Fachgerichte einen abgestuften Maßstab an. Entscheidend ist demnach, wie tief das fachgerichtliche Urteil in die Grundrechtssphäre des Betroffenen eingreift.

In Fällen „höchster Eingriffsintensität“ nimmt das Gericht für sich in Anspruch, die von den Zivilgerichten vorgenommene Wertung durch seine eigene zu ersetzen,³²⁷ d. h. es wertet die Fakten selbst aus und unterzieht auch die durch die Zivilgerichte vorgenommene Auslegung einer Überprüfung anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Grundsätzlich ersetzt das BVerfG die Wertung der Zivilgerichte aber nicht durch eine eigene, sondern nimmt lediglich eine Vertretbarkeitskontrolle anhand grundrechtlicher Maßstäbe vor.³²⁸ Werden die Grundrechte durch eine zivilgerichtliche Entscheidung nur sehr wenig beeinträchtigt, beschränkt sich das BVerfG auf eine reine Evidenzkontrolle, ob das Zivilgericht den Einfluss der Grundrechte grundlegend verkannt hat.³²⁹

Diese Grundsätze gelten auch für den Bereich des regulatorischen Privatrechts. Hier ist allerdings zu beachten, dass es sich – anders als bei interessenausgleichendem Privatrecht³³⁰ – stets um eingreifende Privatrechtsnormen handelt. So ist bei der Überprüfung der zivilgerichtlichen Anwendung einer an sich verhältnismäßigen Norm des regulatorischen Privatrechts grundsätzlich zu kontrollieren, ob die angeordnete Rechtsfolge auch im konkret zu entscheidenden Einzelfall geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist, um das Regelungsziel zu erreichen.

b. Verhältnismäßigkeit der Anwendung konkreter regulatorischer Privatrechtsnormen

Enthält die vom Gericht angewendete Norm bereits konkrete regulatorische Vorgaben, ist zu beachten, dass dem Gesetzgeber auch im Privatrecht grundsätzlich eine weitreichende Typisierungsbefugnis zukommt, so dass eine Regelung, die für die typische Eingriffskonstellation gerechtfertigt ist, grundsätzlich nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen mit Blick auf abweichende Einzelfälle eingeschränkt werden muss.³³¹

Entscheidet sich etwa der Gesetzgeber, zum Schutz der Verbraucher ein Widerrufsrecht im Fernabsatz vorzusehen (vgl. § 312g Abs. 1 BGB), kann in einem

³²⁷ BVerfGE 42, 143, 149; 42, 163, 169; 60, 79, 91.

³²⁸ BVerfGE 82, 6, 13; 96, 375, 395.

³²⁹ BVerfGE 18, 85, 92 f.; 96, 85, 248, 257 f.; 108, 351, 365.

³³⁰ Dazu oben S. 318 f.

³³¹ BVerfGE 97, 169, 182. Siehe auch BVerfGE 78, 214, 226 f.

Rechtsstreit der Unternehmer nicht mit Erfolg vorbringen, der konkrete Kunde unterliege gar nicht der vom Gesetzgeber angenommenen Informationsasymmetrie (als Grund eines möglichen Marktversagens), die das Widerrufsrecht grundsätzlich rechtfertigt,³³² etwa weil er das entsprechende Produkt bereits gründlich in einem Ladengeschäft angeschaut habe oder ohnehin ein Fachmann sei. Eine solche Konstellation führt grundsätzlich nicht dazu, dass der Eingriff (im Beispiel in die unternehmerische Betätigungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG) nicht erforderlich ist. Vielmehr müssen die Gerichte die vom Gesetzgeber grundsätzlich für die Verfolgung eines bestimmten Regelungszwecks als erforderlich erachtete Regelung im Einzelfall anwenden, ohne überprüfen zu dürfen, ob auch die Besonderheiten eines atypischen Falls – als gesetzestypische Situation gedacht – den Eingriff zu rechtfertigen vermöchten.

Etwas anderes gilt allerdings in Fällen höchster Eingriffsintensität – insbesondere im Bereich des Familienrechts. Hier muss auch die Gerichtsentscheidung als solche einer strengen Überprüfung anhand der Grundrechte genügen können.³³³ Zeigt sich dabei, dass im konkreten Fall eine Vorschrift des regulatorischen Privatrechts, die einen erheblichen Grundrechtseingriff bewirkt, nicht zur Erreichung des Regelungsziels geeignet oder erforderlich ist, muss die Norm einschränkend ausgelegt oder teleologisch reduziert werden. Ebenso ist zu überprüfen, ob im konkreten Fall die Grundrechtsbeeinträchtigung derart schwer wiegt, dass das an sich verfassungsgemäße Regulierungsziel aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne zurückzutreten hat.

c. Verhältnismäßigkeit regulatorischer Anwendung von Generalklauseln

Praktische Bedeutung erhält die Verhältnismäßigkeitskontrolle regulatorischer Privatrechtsanwendung daneben in solchen Fällen, in denen die Zivilgerichte weit gefasste Generalklauseln so auslegen, dass dadurch eigenständige Regulierungstatbestände entstehen.³³⁴ So hat der BGH etwa auf Grundlage von § 826 BGB eine allgemeine Kapitalmarkthaftung bei Verbreitung fehlerhafter Kapitalmarktinformationen entwickelt, die wesentlich darauf abzielt, die Marktteilnehmer dazu anzuhalten, „die Mindestanforderungen im Rechtsverkehr auf dem Kapitalmarkt“ einzuhalten.³³⁵

³³² Vgl. dazu *Hellgardt*, AcP 213 (2013), 760, 797.

³³³ Siehe z. B. BVerfGE 60, 79, 91 (zur Trennung eines Kindes von der elterlichen Familie). Aus dem Bereich des interessenausgleichenden Privatrechts siehe auch BVerfGE 138, 377, 394 (zum Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter über deren Sexualkontakte während der Empfängniszeit).

³³⁴ Siehe z. B. BVerfGE 111, 366, 377–381; siehe auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 232–243 (für den rechtsgeschäftlichen Bereich).

³³⁵ Grundlegend BGHZ 160, 149, 157: „Ein solches Handeln verstößt derart gegen die Mindestanforderungen im Rechtsverkehr auf dem Kapitalmarkt, daß ein Ausgleich der durch sie bei den einzelnen Marktteilnehmern verursachten Vermögensschäden geboten erscheint.“ Zur ausführlichen Darstellung und Diskussion dieser Rechtsprechung siehe *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 58–71.

Die Besonderheit derartiger Urteile besteht darin, dass sie nicht lediglich die regulatorische Intention des Gesetzgebers für den Einzelfall konkretisieren, sondern teilweise neue, vom Gesetzgeber (jedenfalls in diesem Detaillierungsgrad) nicht vorhergesehene Regulierungsziele verfolgen. Solche Urteile müssen deshalb nicht nur den verfassungsrechtlichen Anforderungen an gerichtliche Rechtsfortbildung genügen,³³⁶ sondern das dadurch geschaffene „Richterrecht“ unterliegt auch einer eigenen Verhältnismäßigkeitskontrolle, die sich an der Überprüfung von Gesetzesnormen orientiert.

Die Verhältnismäßigkeit von regulatorischem „Richterrecht“ ist daher im Wege einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln: In einem ersten Schritt ist die durch die Zivilrechtsprechung aufgestellte regulierende „Rechtsnorm“ – d. h. die *ratio decidendi* der Gerichtsentscheidung – zu identifizieren und als solche einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen.³³⁷ Dafür gelten die gleichen Grundsätze wie für die Überprüfung gesetzlicher Normen des regulatorischen Privatrechts.³³⁸ Erweist sich bereits die Norm des regulierenden Richterrechts als unverhältnismäßig, etwa weil sie einen illegitimen Regelungszweck verfolgt oder bereits auf abstrakter Ebene nicht erforderlich ist, kann das zivilgerichtliche Urteil schon aus diesem Grund keinen Bestand haben.³³⁹

Erweist sich die richterrechtliche Norm dagegen als verfassungsrechtlich unbedenklich, ist in einem zweiten Schritt ihre Anwendung auf den konkreten Fall anhand der soeben entwickelten Maßstäbe³⁴⁰ zu überprüfen, d. h. in Abhängigkeit davon, wie stark in die Grundrechtssphäre des Betroffenen eingegriffen wird.

³³⁶ Dazu ausführlich unten S. 681 ff.

³³⁷ Zur so genannten Schumannschen Formel siehe bereits oben S. 317 mit Fn. 315.

³³⁸ Siehe oben S. 288 ff.

³³⁹ Vgl. BVerfGE 49, 304, 322 (zur Diskrepanz einer richterrechtlichen Haftungsbeschränkung für unbeeidete Sachverständige mit den Regelungen zur Haftung von beeideten Sachverständigen).

³⁴⁰ Siehe oben S. 320 f.

3. Teil

Konsequenzen für die Rechtswissenschaft

Im 1. Teil dieser Studie wurde gezeigt, dass dem Privatrecht eine Regulierungsfunktion zukommt, die sich nicht auf bestimmte Materien des Sonderprivatrechts beschränkt, sondern ubiquitär ist und auch die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts erfasst. Man kann deshalb das Privatrecht (auch) als Regulierungsrecht verstehen. Daran anschließend wurde im 2. Teil dargelegt, dass der Einsatz von Privatrecht zu Regulierungszwecken durch den Gesetzgeber und die Gerichte nicht nur unions- und verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig, sondern teilweise sogar geboten ist. In den nun folgenden zwei Teilen sind die Konsequenzen aus diesem Befund zu ziehen, zunächst für die Rechtswissenschaft, sodann für die Gesetzgebung und Rechtspraxis.¹

Betrachtet man die bisherigen Ergebnisse dieser Studie und setzt sie in Beziehung zu der Art und Weise, wie in Deutschland Rechtswissenschaft betrieben wird, stößt man auf eine erstaunliche Diskrepanz. Zwar wird allenthalben betont, dass Verhaltenssteuerung selbstverständlich auch eine Aufgabe des Privatrechts sei,² so dass der Hinweis auf die Regulierungsfunktion des Privatrechts lediglich Altbekanntes in eine neue, „moderne“ Terminologie zu verpacken scheint; praktische Konsequenzen für die im Rahmen der Privatrechtswissenschaft anzuwendenden Methoden oder die behandelten Forschungsfragen werden aber so gut wie nicht gezogen, allenfalls zögerlich angedacht.³

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden gezeigt werden, dass die Privatrechtswissenschaft ihrem Gegenstand nur dann vollständig gerecht werden kann, wenn sie sich zu einer Regulierungswissenschaft weiter entwickelt (dazu § 8). Daran anschließend werden Elemente einer rechtswissenschaftlichen Methode zur Analyse der Regulierungsfunktion von (Privat-)Recht skizziert (dazu § 9). Dabei wird sich als ein wesentlicher Aspekt erweisen, dass die Annäherung des Privatrechts an das Öffentliche Recht nicht nur die Regelungsgegenstände betrifft, sondern auch die rechtswissenschaftliche Methodik. Dies wirft die Frage

¹ Dazu unten 4. Teil, S. 563 ff.

² Siehe z. B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 331; *Engel*, JZ 1995, 213, 214; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie² (1977), S. 351 f.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 252; *Medicus*, NuR 1990, 145, 147 f.; *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen³ (1999), S. 56; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB¹⁸ (2014), S. 12 f.; *C. Schäfer*, AcP 202 (2002), 397, 434; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 ff.

³ Siehe aber zuletzt die Empfehlungen des Wissenschaftsrates; *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (2012).

nach der Stellung des Privatrechts in der Gesamtrechtsordnung, konkret nach dem Begriff des Privatrechts und der Bedeutung der Abgrenzung unterschiedlicher Teilrechtsgebiete, neu auf, die zum Abschluss dieses Teils aufgegriffen werden soll (dazu § 10).

§ 8 (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft

Die Rechtsvergleichung hat erstaunliche Parallelen zwischen den Rechtssystemen der westlichen Welt aufgezeigt, die es rechtfertigen, von einem gemeinsamen Kernbestand des Privatrechts auszugehen.¹ Demgegenüber ist eine vergleichbare Parallelität im Bereich der *Rechtswissenschaft* nicht festzustellen. Besonders augenfällig sind die Unterschiede zwischen der US-amerikanischen und der deutschen Art und Weise, Rechtswissenschaft zu betreiben.²

Konkret zeigt sich die unterschiedliche Herangehensweise auf zwei Ebenen: Einerseits variiert bereits das Verständnis von „Privatrecht“, welches dies- und jenseits des Atlantiks vorherrscht.³ Während in den USA die Unterscheidung zwischen öffentlich und privat als überwunden gilt,⁴ so dass das Privatrecht von der ganz herrschenden Ansicht als „government regulation“ angesehen wird,⁵ legt die deutsche Rechtswissenschaft nach wie vor ein Privatrechtsverständnis zugrunde, das nicht nur eine formelle Unterscheidung zum Öffentlichen Recht ermöglicht, sondern die Eigenständigkeit des Privatrechts als Konsequenz materieller Wertungen ausweist. Indem die vorherrschende Ansicht in der deutschen Privatrechtswissenschaft ihren Gegenstand, das Privatrecht, auf der Grundlage von Prinzipien wie Privatautonomie, subjektives Recht oder Freiheit definiert, schließt sie damit implizit die in dieser Studie so genannte „Regulierungsfunk-

¹ Auch wenn eine Vielzahl unterschiedlicher dogmatischer Ansätze gewählt werden, sind die Ergebnisse doch erstaunlich vergleichbar; siehe z.B. *Zimmermann*, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung (2006), S. 30–34 (zum europäischen Privatrecht).

² Siehe auch zu den Unterschieden zwischen englischer und kontinentaleuropäischer Rechtswissenschaft *Flohr*, *RabelsZ* 77 (2013), 322 f.

³ *Kennedy*, in: Hesselink (Hrsg.), *The Politics of a European Civil Code* (2006), S. 9, 10: „I have to confess something well described as ‚profound puzzlement‘ about what Europeans are referring to when they speak of ‚private law.‘“ Vgl. *Michaels/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008), S. 69, 73.

⁴ Siehe z.B. *Horwitz*, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982); *Kennedy*, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982).

⁵ Siehe nur *Dagan/Dorfman*, *The Justice of Private Law* (2014), S. 10–13; *Michaels/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008), S. 69, 83 f.; *Oman/Solomon*, 62 Duke L. J. 1109, 1114–1119 (2013) jeweils m. w. N. Interessanterweise hat sich in den USA in den letzten Jahren eine Gegenbewegung formiert, die unter dem Titel „The New Private Law“ für ein wertegebundenes Privatrechtsverständnis eintritt; grundlegend *Goldberg*, 125 Harv. L. Rev. 1640 (2012); siehe auch *H. E. Smith*, 125 Harv. L. Rev. 1691 (2012); *S. A. Smith*, 125 Harv. L. Rev. 1727 (2012); *Zipursky*, 125 Harv. L. Rev. 1757 (2012). Dazu aus deutscher Sicht *Hosemann*, *RabelsZ* 78 (2014), 37, 52–57.

tion“⁶ des Privatrechts aus ihrem Erkenntnisinteresse aus. Damit in der deutschen Privatrechtswissenschaft die Einsicht, dass Regulierung wesentlicher Bestandteil des Privatrechts ist, überhaupt diskussionsfähig wird, muss deshalb zunächst der herrschende Privatrechtsbegriff dekonstruiert und zu einem umfassenden Privatrechtskonzept weiterentwickelt werden, das das deutsche prinzipienbasierte Verständnis mit der amerikanischen folgenorientierten Sichtweise vereint (dazu unter I.).

Andererseits unterscheiden sich deutsche und US-amerikanische Rechtswissenschaft durch ihre jeweilige Methodik.⁷ In den USA herrscht die Auffassung vor, rechtsdogmatische Argumente dienen lediglich der Verschleierung der eigentlichen, machtpolitischen Absichten.⁸ Daher dominieren konsequentialistische Ansätze, allen voran die ökonomische Analyse des Rechts, die danach fragen, welche praktischen Auswirkungen eine bestimmte Regelung hat. Demgegenüber bildet die systematische Rechtsdogmatik den Kern der deutschen Rechtswissenschaft. Rechtsdogmatik bedeutet im Wesentlichen, den Inhalt einzelner Normen aus einem eigens zu diesem Zweck konstruierten Gesamtsystem von allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten. Es liegt außerhalb des Erkenntnisinteresses eines solchen auf das Verhältnis von Einzelnorm und generellem Prinzip ausgerichteten methodischen Ansatzes, die tatsächlichen Folgen zu analysieren, welche die Anwendung der Regeln auf das Verhalten der Rechtsunterworfenen bewirkt, denn diese Auswirkungen ereignen sich zu einem Zeitpunkt, zu dem die rechtsdogmatische Analyse bereits beendet zu sein scheint, da der Inhalt der Norm feststeht. Die tatsächlichen Folgen sind Konsequenz eines bestimmten rechtsdogmatischen Ergebnisses, nicht aber dessen Determinante. Auch insoweit ist es nicht verwunderlich, dass die Regulierungsfunktion des Privatrechts in Deutschland bislang nicht die rechtswissenschaftliche Aufmerksamkeit erlangt hat, die ihr angesichts der aufgezeigten enormen praktischen Bedeutung zukommen müsste. Andererseits folgt aus der zentralen Stellung der Dogmatik in der deutschen Privatrechtswissenschaft, dass diese nur dann zu einer Regulierungswissenschaft werden kann, wenn die Privatrechtsdogmatik bei der Weiterentwicklung eine zentrale Position einnimmt (dazu unter II.).

Entgegen bestimmten Tendenzen, die ausschließlich rechtsdogmatische Ansätze als „Rechtswissenschaft“ gelten lassen wollen, zeigt gerade die Regulierungsfunktion des Privatrechts, dass es jenseits von Dogmatik und „Grundlagenfächern“ auch Bedarf nach einer „rechtswissenschaftlichen Grundlagenfor-

⁶ Siehe die Definition oben S. 50 ff.

⁷ Einführend dazu *Grechenig/Gelter*, 31 Hastings Int'l. & Comp. L. Rev. 295 (2008); *Lepsius*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7 (2007), S. 319, 320–335; *Purnhagen*, in: Mathis (Hrsg.), Law and Economics in Europe (2014), S. 3 ff.

⁸ Klassisch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976); grundlegend war insoweit der Rechtsrealismus; dazu unten S. 350 ff.

schung“⁹ gibt. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Folgen der Rechtsanwendung sollte nicht allein der (rechts-)ökonomischen, (rechts-)psychologischen oder (rechts-)soziologischen Analyse überlassen werden; vielmehr sollten die praktischen Konsequenzen rechtsdogmatisch angeleiteter Rechtsanwendung einer eigenen, genuin rechtswissenschaftlichen Untersuchung unterzogen werden. Die Besonderheit einer solchen rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung besteht darin, dass sie ihre Ergebnisse in Kenntnis und mit Blick auf das geltende Recht und seinen (verfassungs-)rechtlichen Rahmen gewinnt und in juristischen Kategorien darstellt. Deshalb liefert eine solche Forschung nicht nur Ergebnisse, die sich von denen anderer auf das Recht bezogener Wissenschaften unterscheiden, sondern ist auch besonders gut geeignet, die Rechtsdogmatik und damit die konkrete Rechtsanwendung zu befruchten (dazu unter III.).

I. Verengter Privatrechtsbegriff als Selbstbegrenzung der Privatrechtswissenschaft

Auf die Frage nach dem Begriff des Privatrechts sind, ebenso wie auf die rechtsphilosophische Grundfrage nach dem Begriff des Rechts,¹⁰ formelle und materielle Antworten möglich. Während der formale Privatrechtsbegriff als Teil des positiven Rechts – seit 2009 spricht § 13 GVG ausdrücklich von „Zivilsachen“ – nicht nur Gegenstand der Wissenschaft, sondern vorrangig auch der Rechtspraxis, nämlich der Auslegung ist,¹¹ gehört ein materialer Privatrechtsbegriff allein zum Bereich der Rechtswissenschaftstheorie, indem er den Gegenstand der Privatrechtswissenschaft als wissenschaftliche Disziplin definiert,¹² und steht deshalb im Folgenden im Vordergrund.

Ausgangspunkt für die zu entwickelnden Überlegungen ist die These, dass sich die deutsche Privatrechtswissenschaft auch deshalb kaum mit den verhal-

⁹ Zum Begriff *Würtenberger*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 10 f.

¹⁰ Zur Verankerung der Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht im Rechtsbegriff und in der Rechtsidee siehe nur *Radbruch*, Rechtsphilosophie³ (1932), S. 123.

¹¹ Zu den verschiedenen Abgrenzungstheorien zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht unten S. 524 f.

¹² Vgl. *Jestaedt*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 185, 193 (dort auch zum Verhältnis von Methode und Gegenstand). Laut *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 52 hat das Privatrecht keine „spezifische Rechtswissenschaftstheorie“. Dies mag zwar insoweit zutreffen, als dass es keine oder nur wenig ausdrückliche Diskussion unter diesem Rubrum gibt, implizit liegt aber jeder wissenschaftlichen Abhandlung im Privatrecht ein – möglicherweise unreflektiertes – Verständnis davon zugrunde, was es bedeutet, „wissenschaftlich“ im Bereich des Privatrechts zu arbeiten. Siehe zum unausgeprägten Selbstverständnis der Privatrechtswissenschaft auch *Schön*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 313, 321, dem zufolge sich die Privatrechtswissenschaft „wohl am ehesten als ‚allgemeine Rechtswissenschaft‘ im traditionellen Sinne“ versteht.

tenssteuernden Wirkungen des Privatrechts befasst, weil das Privatrecht nach dem vorherrschenden freiheitlich-individualistischen Verständnis gar nicht dazu dient, Regulierung im Sinne dieser Studie zu betreiben.¹³ Obwohl Regulierung wie gezeigt in der Praxis des Privatrechts eine wichtige Rolle spielt und auch unions- und verfassungsrechtlich zulässig ist, liegt sie außerhalb des traditionellen Verständnisses vom Gegenstandsbereich der Privatrechtswissenschaft.

Um diese These zu begründen, soll im Folgenden zunächst gezeigt werden, wie das in der deutschen Rechtswissenschaft vorherrschende Privatrechtsverständnis entstanden ist, d. h. auf welche historisch-philosophischen Grundlagen der hier so genannte „freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff“ aufbaut (dazu unter 1.). Ziel ist es nicht, ein umfassendes Bild der deutschen Privatrechtstheorie seit dem 19. Jahrhundert zu zeichnen, sondern den wissenschaftlichen „Mainstream“ einzufangen – den Common Sense der deutschen Privatrechtswissenschaft, wie er sich im Laufe der Zeit entwickelt hat. Obwohl bereits vielfach argumentative Schwächen der vorherrschenden Auffassung aufgezeigt wurden, ist es eine Art Paradoxon, dass sich eine aus dem 19. Jahrhundert stammende Privatrechtstheorie nach wie vor in der deutschen Privatrechtswissenschaft behauptet. Daher ist als nächstes den wichtigsten Einwänden nachzugehen und der Art und Weise, wie es den Vertretern eines freiheitlich-individualistischen Privatrechtsverständnisses gelungen ist, scheinbar unvereinbare Gegensätze in den materialen Privatrechtsbegriff zu integrieren (dazu unter 2.). Als Gemeinsamkeit aller auf dem Boden des freiheitlich-individualistischen Verständnisses stehenden Privatrechtstheorien erweist sich eine prinzipienbasierte Sichtweise, die das Privatrecht als ein System versteht, aus welchem die Lösung von Einzelfällen im Wege der Konkretisierung aus allgemeinen Prinzipien (oder Begriffen oder Grundsätzen) gewonnen werden kann. Das Gegenstück einer solchen Theorie bildet eine folgenorientierte Betrachtungsweise, die das Privatrecht aus Sicht der damit zu erreichenden Verhaltenssteuerung betrachtet. Die prinzipienbasierte Sichtweise der herrschenden Privatrechtstheorie wird sich als Haupthindernis dafür erweisen, die Regulierungsfunktion in den Privatrechtsbegriff zu integrieren (dazu unter 3.). Abschließend wird gezeigt, dass Regulierung zum Kernbestand eines umfassend verstandenen Privatrechts gehört (dazu unter 4.).

¹³ Demgegenüber hat der Umstand, dass staatliche Verhaltenssteuerung offensichtlich eine Aufgabe des Öffentlichen Rechts ist, in den letzten Jahren verstärkte Reflexionen zu den Methoden einer „Wissenschaft vom Öffentlichen Recht“ geführt; dazu unten S. 395 f.

1. Ursprünge des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs

Als herrschender materialer (oder freiheitlich-individualistischer) Privatrechtsbegriff¹⁴ soll im Folgenden ein Konzept gelten, welches das Privatrecht als einen abgeschlossenen Bereich betrachtet, der es insbesondere vom Öffentlichen Recht nicht nur in formaler Hinsicht, sondern als Ausdruck materieller Wertungen unterscheidet. Das wesentliche Grundprinzip des Privatrechts ist demnach die Privatautonomie, die freie Entfaltung der Persönlichkeit bzw. die Freiheit schlechthin. Das subjektive Recht ist das zentrale Institut eines solchen Privatrechts. Aus der konstituierenden Wirkung der Privatautonomie wird abgeleitet, dass es Aufgabe des Privatrechts sei, die rationale Selbstbestimmung des Individuums zu ermöglichen und zu sichern. Vorrangige Instrumente dazu sind das Rechtsgeschäft und das Verschuldensprinzip im Haftungsrecht. Dagegen wird das Gleichheitsprinzip hauptsächlich dadurch verwirklicht, dass allen Menschen die gleiche Rechtsfähigkeit zukommt. Kommt es zu einem Konflikt der freien Selbstbestimmung mehrerer, so hat das Privatrecht für einen gerechten und angemessenen Ausgleich der beteiligten Interessen unter Wahrung der größtmöglichen Freiheit aller Beteiligten zu sorgen.

a. Philosophische Grundlagen

Prägend für den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff sind die Konzepte der Freiheit und des subjektiven Rechts. Während Versuche, die Geltung der Rechtsordnung zu rechtfertigen, zumeist auf einem Pflichtmodell basieren – nämlich als Erklärung, weshalb die Rechtsunterworfenen zur Befolgung des Rechts verpflichtet seien –,¹⁵ stellt der freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff also die subjektive Berechtigung an den Anfang.

¹⁴ Der Anspruch besteht nicht darin, die Privatrechtsauffassung einer bestimmten Person wiederzugeben, sondern vielmehr den gemeinsamen Kern der heute in der deutschen Privatrechtswissenschaft dominierenden Auffassung von Privatrecht; vgl. z.B. die Privatrechtsbegriffe bei *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 44–77; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 282–292; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher (1983), S. 51–67; *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 1–22; *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 54; *M. Hassemer*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen (2007), S. 9–19, 28–37; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung (1999), S. 3–13; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), S. 15–28, 513; *Mayer-Maly*, in: FS Kramer (2004), S. 21 ff.; *Pickler*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207 ff.; *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip (2014), S. 1136–1138; *Rittner*, AcP 188 (1988), 101, 134 f.; *ders.*, JZ 2011, 269 ff.; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB¹⁸ (2014), S. 10–13; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 6–44; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 91–100; *ders.*, JuS 1988, 329, 335 f. Siehe auch *Beever*, Forgotten Justice (2013), S. 243–277; *Gordley*, Foundations of Private Law (2006), S. 7–31; *Weinrib*, The Idea of Private Law (1995), S. 1–21.

¹⁵ Dies gilt sowohl für naturrechtliche als auch für rechtspositivistische Ansätze, die Geltung des Rechts zu begründen; siehe für einen Überblick über verschiedene Theorien zur Geltung des Rechts *K.F. Röhl/H.C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 311–326.

Philosophische Wegbereiter waren insoweit *John Locke* und *Immanuel Kant*.¹⁶ Im zweiten Teil seiner „Two Treatises of Government“¹⁷ erklärt *Locke* die Legitimation des Staats primär mit seiner Funktion, das bereits naturrechtlich begründete private Eigentum – verstanden als umfassende Bezeichnung privater Freiheitsrechte¹⁸ – zu schützen.¹⁹ In diesem System verdient das subjektive Recht rechtlichen Schutz, weil es sich als Ausfluss des als Freiheitsrecht konzipierten umfassenden Eigentums darstellt. Demgegenüber leitet *Kant* das subjektive Recht und das Eigentum aus dem Begriff der Freiheit ab. Ausgangspunkt ist der kantische Rechtsbegriff, der das Recht definiert als den „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann“. ²⁰ Dieser auf der Freiheit fußende Rechtsbegriff ist die Grundlage für das Privatrecht, das Recht vom „äußeren Mein und Dein“. ²¹ Gegenstand des Privatrechts ist es demnach, Freiheitssphären voneinander abzugrenzen. Wesentlich ist dabei, dass die „äußere Freiheit“, d. h. die „Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür“, ²² und nicht die „innere Freiheit“, die sich selbst durch den kategorischen Imperativ begrenzt, den Rechtsbegriff begründet. ²³ Damit gründet nach *Kant* das Recht nicht auf der Ethik (der Pflicht), weshalb *Kant*, obwohl er wiederholt auf das „Naturrecht“ rekurriert, ²⁴ als Wegbereiter des Rechtspositivismus gelten darf. ²⁵ Für den vorliegenden Zusammenhang hat *Marietta Auer* herausgearbeitet, dass es erst diese Lösung des Rechts von der Moralphilosophie ist, durch die „das theoretische

¹⁶ Ausführlich zum Folgenden *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 24–28.

¹⁷ Siehe *Locke*, Two Treatises of Government (1690), II.1, § 3, S. 219; II.2, § 6, S. 222 f.; II.5, §§ 25–51, S. 243–270.

¹⁸ *Locke*, Two Treatises of Government (1690), II.9, § 123, S. 346: „Lives, Liberties, and Estates, which I call by the general name, Property“.

¹⁹ Siehe dazu *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 24 f.; *Beever*, Forgotten Justice (2013), S. 219–225; *Siep*, in: Rehm/Ludwig (Hrsg.), John Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung (2012), S. 115, 123 f.

²⁰ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 230. Dazu etwa *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 617 f.; *Hruschka*, JZ 2004, 1085, 1086.

²¹ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 245. Damit ist bei *Kant* nicht nur das Eigentum, sondern das gesamte Privatrecht bezeichnet; vgl. ebd., S. 247 f.; dazu *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 620 f.; krit. zur Ableitung des „äußeren Mein und Dein“ aus dem Rechtsbegriff *Nörr*, Eher Hegel als Kant (1991), S. 49 f. mit Fn. 126.

²² *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 237.

²³ Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 218 f.

²⁴ Bei *Kant* bezeichnet „Naturrecht“ das durch die Vernunft a priori erkennbare Recht; vgl. *Kant*, Zum Ewigen Frieden, AA, Bd. VIII (1795/1923), S. 372.

²⁵ Siehe z. B. *Radbruch*, Rechtsphilosophie³ (1932), S. 15: „Nicht Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, sondern Erkenntnistheorie, nicht die Historische Schule, sondern die Kritische Philosophie, nicht Savigny, sondern Kant hat den entscheidenden Schlag gegen das Naturrecht getan.“ Siehe auch *Kelsens* Verweis auf *Kant*, um die Unabhängigkeit rechtlichen Sollens von moralischen Erwägungen zu begründen; *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (1934), S. 24.

Vakuum [entstand], in das der Begriff des subjektiven Rechts als neue Grundkategorie der Rechtslehre treten konnte“.²⁶

In der privatrechtlichen Diskussion ist das subjektive Recht im Laufe des 19. Jahrhunderts in den Vordergrund getreten. Dabei wird an vielen Stellen die Parallele zum kantischen Privatrechtsbegriff deutlich,²⁷ so bei *Savigny*²⁸ und *Windscheid*²⁹. Diese gelten als Gründer der Willenstheorie, die das subjektive Recht als einen Freiraum versteht, in welchem ausschließlich der Wille des Individuums gilt und andere von jeglicher Einflussnahme ausgeschlossen sind.³⁰

b. Bedeutung der romanistischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts

Neben der „Entdeckung“ des subjektiven Rechts als wesentlichem rechtsphilosophischen Grundstein für die Entwicklung des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs lassen sich weitere entscheidende Faktoren in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts ausmachen. Die vorherrschende Richtung war die romanistische oder historische Rechtsschule im Gefolge von *Savigny*. Für die Herausbildung des herrschenden Privatrechtsbegriffs war einerseits ihre systematisierende Herangehensweise prägend, andererseits die Vor-

²⁶ Auer, AcP 208 (2008), 584, 618.

²⁷ Kritisch zum Einfluss Kants auf den Privatrechtsbegriff im 19. Jahrhundert aber Nörr, Eher Hegel als Kant (1991), S. 50; dagegen Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 20 mit Fn. 38.

²⁸ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 7: „Betrachten wir den Rechtszustand, so wie er uns im wirklichen Leben von allen Seiten umgibt und durchdringt, so erscheint uns zunächst die der einzelnen Person zustehende Macht: ein Gebiet, worin ihr Wille herrscht, und mit unsrer Einstimmung herrscht. Diese Macht nennen wir *ein Recht* dieser Person, gleichbedeutend mit Befugniß: Manche nennen es das Recht im subjektiven Sinn.“ (Hervorhebung im Original). Siehe auch zum Eigentumsbegriff ebd., S. 367 f.: „Um uns aber das Wesen des Eigenthums klar zu machen, müssen wir von folgender allgemeinen Betrachtung ausgehen. Jeder Mensch hat den Beruf zur Herrschaft über die unfreye Natur; denselben Beruf aber muß er eben so in jedem anderen Menschen anerkennen, und aus dieser gegenseitigen Anerkennung entsteht, bey räumlicher Berührung der Individuen, ein Bedürfniß der Ausgleichung, welches zunächst als ein unbestimmtes erscheint, und nur in bestimmter Begränzung seine Befriedigung finden kann.“ Krit. zur Gleichsetzung von *Savignys* Rechtsbild mit *Kants* Rechtslehre aber *Behrends*, in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts (1994), S. 1, 23.

²⁹ *Windscheid*, Die Actio des römischen Civilrechts (1856), S. 3: „Für das heutige Rechtsbewusstsein ist das Recht das Prius, die Klage das Spätere, das Recht das Erzeugende, die Klage das Erzeugte. Das Recht weist jedem Individuum den Herrschaftskreis zu, in welchem sein Wille Gesetz für die anderen Individuen ist; wird das Individuum in diesem Herrschaftskreise nicht anerkannt, so darf es sich darüber bei dem Staate, dem Wächter des Rechtes, beschweren, *beklagen*, und der Staat hilft ihm zu dem Seinigen. Die Rechtsordnung ist die Ordnung der Rechte.“ (Hervorhebung im Original).

³⁰ Klassisch die Formulierung bei *v. Tuhr*, Allgemeiner Teil, Bd. I (1910), S. 54: „Zahlreiche Vorschriften ordnen das Zusammenleben der Menschen in der Weise, daß sie dem einzelnen Individuum ein Herrschaftsgebiet zuweisen, auf welchem sein Wille zu gelten hat [...]. Das Interesse des Staates erschöpft sich darin, daß auf diesem Gebiet der Wille des Individuum sich zur Erreichung seiner eigennützigen oder wenigstens selbstgesetzten Zwecke ungestört betätige.“

stellungen, welche die Vertreter der historischen Rechtsschule von der Freiheitlichkeit des klassischen römischen Rechts entwickelten bzw. mit denen sie später identifiziert wurden.

Die historische Schule sah ihre besondere Aufgabe darin, das überkommene – nach *Savigny* in seiner Geltung auf den „Volksgeist“³¹ zurückgehende – römische Recht zu systematisieren und fortzuentwickeln.³² Der *usus modernus pandectarum*,³³ das damals sogenannte „heutige römische Recht“,³⁴ übergang die zuvor dominierenden naturrechtlichen Ansätze und griff direkt auf die im *Corpus Iuris Civilis* Kaiser *Justinians* zusammengestellten Quellen zurück, die er als positive Rechtsquellen begriff.³⁵ Dies waren teils staatliche Gesetze (der so genannte *Codex*) und eine Art Lehrbuch des römischen Privat- und Prozessrechts (die *Institutionen*), vor allem aber Entscheidungen und Rechtsgutachten von Juristen (die so genannte *Digesten*).³⁶ Trotz seiner ständigen Weiterentwicklung wurde das römische Recht bereits von den römischen Juristen der Klassik und Spätklassik als ein ahistorisches Kontinuum gesehen.³⁷ *Savigny* und seine Schüler nahmen dieses Postulat in einer Weise ernst, in der es die römischen Juristen nie getan hatten; sie versuchten nämlich, den zersplitterten *Corpus Iuris Civilis* in ein einheitliches System zu bringen. Besonders deutlichen Ausdruck fand diese Systematisierung im Pandektensystem, welches das Privatrecht in einen Allgemeinen Teil und die vier Abschnitte Sachenrecht, Schuldrecht, Familienrecht und Erbrecht gliederte.³⁸ Die Systematisierung verband sich mit dem Aufkommen der „Begriffsjurisprudenz“, so dass Romanisten wie *Puchta*³⁹ die Merkmale des römischen Rechts zu begrifflichen Notwendigkeiten hochstilisier-

³¹ Siehe *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I (1840), S. 14, wonach es „der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist [ist], der das positive Recht erzeugt“.

³² *Rüfner*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts* (2009), Bd. I, S. 829, 830.

³³ Der Ausdruck *usus modernus* bezeichnet die Zeiträume seit dem Mittelalter, in denen das römische Recht unmittelbar geltendes Recht war, wobei zunächst fälschlich angenommen wurde, dass dies auf ein Gesetz aus dem Jahr 1137 zurückgehe, während tatsächlich von einer gewohnheitsrechtlichen Geltung auszugehen ist, die erst mit den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts endete. Mit *usus modernus pandectarum* wird gewöhnlich der Zeitraum zwischen 1800 und 1900 bezeichnet; vgl. zum Ganzen *Luig*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts* (2009), Bd. II, S. 1591 f.

³⁴ Siehe bereits den Titel von *Savignys* Hauptwerk „System des heutigen Römischen Rechts“ (8 Bände: 1840–1849).

³⁵ *Rüfner*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts* (2009), Bd. I, S. 829, 831.

³⁶ Zu Inhalt und Bedeutung des *Corpus Iuris Civilis* siehe *Zimmermann*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts* (2009), Bd. I, S. 286 ff.

³⁷ *Schulz*, *Prinzipien des römischen Rechts* (1934), S. 72 f.; siehe auch *Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), S. 29.

³⁸ *J. P. Schmidt*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts* (2009), Bd. II, S. 1132.

³⁹ *Puchta* gilt als Begründer der „Begriffsjurisprudenz“; siehe nur *Jhering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (1884), S. 337 f.; relativierend aber *Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“* (2004).

ten und andere Gestaltungen für logisch unmöglich erklärten.⁴⁰ So leugnete er die Möglichkeit von Rechtsinstituten wie der direkten Stellvertretung oder der Forderungsabtretung.⁴¹

Bereits das klassische römische Recht zeichnete sich durch einige grundlegende Prinzipien aus, die – obwohl häufig aus einem spezifischen historischen Kontext entsprungen – auch die Rezeption durch die Pandektisten prägte. Zunächst ist die von *Fritz Schulz* als „Isolierung“ bezeichnete Tendenz der Abschottung des Privatrechts gegenüber gesellschaftlichen oder politischen Einflüssen zu nennen.⁴² Das Privatrecht wurde von dem gesamten Staatswesen, insbesondere auch dem Staats- und Verwaltungsrecht, streng getrennt.⁴³ Dies trug wesentlich zum Erfolg des römischen Privatrechts bei, denn es konnte nahezu unverändert den Wechsel von der Republik zum Kaisertum überstehen. Vor allem war aber ein wesentliches Leitmotiv, das die Romanisten des 19. Jahrhunderts im römischen Recht ausmachten, dessen stark individualistischer Charakter. Dieser wurde insbesondere am römischen Eigentum festgemacht, welches die Pandektisten als nahezu schrankenloses Institut rezipierten.⁴⁴

Ob das römische Recht bzw. die durch eine Vielzahl sozialer Bindungen gekennzeichneten tatsächlichen Lebensverhältnisse im alten Rom damit richtig beschrieben sind, wird heutzutage bezweifelt.⁴⁵ Dies ändert aber nichts daran, dass im 19. Jahrhundert ein Bild des römischen Rechts vorherrschte, das auf der Idee eines reinen, von politischen und sonstigen Umständen unberührten Privatrechts basierte, welches auf ein logisch bzw. begrifflich vorgegebenes System zurückgeführt werden konnte und wesentlich dem Gedanken der Freiheit des Individuums⁴⁶ verpflichtet war.

⁴⁰ Polemisch *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 308 f.: „Es ist das Blendwerk der juristischen Dialektik, welche dem Positiven den Nimbus des *Logischen* zu geben versteht, welche, indem sie das Vorhandene vor unserem Urtheil als vernünftig zu rechtfertigen sucht, dabei nicht den Weg einschlägt, daß sie die *historische, praktische oder ethische* Berechtigung desselben nachweist, sondern den, daß sie mit Hilfe von Gesichtspunkten, die erst für diesen Zweck erfunden sind, die *logische* Nothwendigkeit desselben darzuthun versucht.“ (Hervorhebung im Original).

⁴¹ *Puchta*, Pandekten² (1844), S. 386, 394.

⁴² *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts (1934), S. 13–26; siehe auch *Zimmermann*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 1310.

⁴³ *Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. I² (1971), S. 23, 198; *Kaser / Knütel*, Römisches Privatrecht²⁰ (2014), S. 24, 34 f.

⁴⁴ Siehe etwa *Puchta*, Pandekten² (1844), S. 200 f., 203 f.; *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 367 f., siehe aber auch ebd., S. 369.

⁴⁵ Allgemein *Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. I² (1971), S. 180; *Kaser / Knütel*, Römisches Privatrecht²⁰ (2014), S. 33 f. Zum Eigentumsbegriff etwa *Schulz*, Prinzipien des römischen Rechts (1934), S. 102–105.

⁴⁶ Siehe z. B. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. II.1⁴ (1881), S. 133–155; *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 331–334. Beispielhaft sind auch die Ausführungen des jungen *Theodor Mommsen* in einem 1848 gehaltenen Vortrag über „Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft“: „Wenn wir also streben ein Recht zu entwickeln, das sich für freie Bürger schickt, so dürfen wir, was das Civilrecht betrifft, in dieser Beziehung

Weiter zugespißt wurde der romanistische Privatrechtsbegriff im Zuge der Kontroverse um die Ausgestaltung des zu schaffenden BGB. In seinem Bericht über *Windscheids* Mitarbeit in der 1. Kommission hebt *Gottlieb Planck* hervor, dass es *Windscheid* vor allem darum gegangen sei, die pandektistische Systematik in das BGB zu übernehmen.⁴⁷ Namentlich *Otto von Gierke* machte in seiner Kritik am 1. Entwurf einen schematischen Gegensatz zwischen romanistischer und germanistischer Tradition auf.⁴⁸ Dabei identifizierte er die Freiheit des Individuums als prägendes Prinzip des *usus modernus pandectarum*, während der Gemeinschaftsgedanke das Leitmotiv des germanischen Rechts ausmache.⁴⁹ Auch der Romanist *Rudolf Sohm* beschwor bei der ersten Lesung des BGB im Reichstag die Freiheit und das freie Eigentum als Haupterrungenschaft (der Rechtswissenschaft) des 19. Jahrhunderts.⁵⁰ Auch wenn neuere Forschungen nahelegen, dass das Bild der uneingeschränkten Freiheit des Individuums die Auffassung der meisten Pandektisten nicht richtig wiedergibt,⁵¹ prägte sich dieses Bild als Quintessenz der romanistischen Rechtsschule in der Folgezeit ein und bestimmte die Diskussion im 20. Jahrhundert.⁵²

unbedingt auf das römische Recht der klassischen Periode fussen und sicher sein einen Geist darin zu finden, der wohl oft dem Princip der Solidarität der Staatsbürger unter einander, nicht aber dem der Freiheit des Individuums widerstreitet.“; *Mommsen*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. III (1907), S. 580, 583.

⁴⁷ *Planck*, DJZ 1909, 951, 952.

⁴⁸ *Gierke*, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889), S. 2–3: „Was [der Entwurf] uns bietet, das ist in seinem letzten Kern ein in Gesetzesparagrafen gegossenes Pandektenkompodium. [...] [D]as innere Gerüst des ganzen Baues vom Fundament bis zum Giebel entstammt der Gedankenwerkstätte einer vom germanischen Rechtsgeiste in der Tiefe unberührten romanistischen Doktrin, und fast wie ein fremdartiger Stoff nur ist das deutsche Recht ihm eingefügt, überall so behauen und beschnitten, wie es die reinen Linien des stilvollen Kunstbaues am wenigsten zu stören schien.“

⁴⁹ Plakativ z.B. *Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), S. 20: „Mit dem Satze ‚kein Recht ohne Pflicht‘ hängt innig unsere germanische Anschauung zusammen, daß jedes Recht eine ihm *immanente Schranke* hat. Das romanistische System an sich schrankenloser Befugnisse, welche nur von außen her durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt werden, widerspricht jedem sozialen Rechtsbegriff. Uns reicht schon an sich keine rechtliche Herrschaft weiter, als das in ihr geschützte vernünftige Interesse es fordert und die Lebensbedingungen der Gesellschaft es zulassen.“ (Hervorhebung im Original). Zum Gemeinschaftsbegriff im germanischen Recht siehe auch *Dahm*, *Deutsches Recht*² (1963), S. 68 f.

⁵⁰ „Unsere ganze öffentliche und sittliche Freiheit, die wir als Einzelpersonlichkeit besitzen, das kostbarste Rechtsgut, das wir alle haben, wird uns durch das Privateigentum, das freie Privateigentum, allein ermöglicht. [...] Freies Eigentum! Endlich sind wir dazu gekommen. Das neunzehnte Jahrhundert hat es uns auf allen Gebieten gebracht.“; *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, IX. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/1897, Erster Band, S. 758 (B).

⁵¹ Siehe insbesondere *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?* (2001), S. 1–4, 275–283.

⁵² Besonders wirkungsmächtig etwa *Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1953), S. 9 (BGB mit schuldrechtlicher Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Testierfreiheit als „das spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft“). Siehe aber auch z.B. *Jakobs*, *Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht* (1983), S. 57: „Die Beschränkung [...] auf die Ausbildung des

c. Politikferne des Privatrechts als politische Notwendigkeit
im 19. Jahrhundert

Neben der rechtsphilosophischen Begründung des Privatrechts aus der Freiheit des Individuums und dem politikfernen, systematischen Privatrechtsverständnis der Romanisten, in dem die persönliche Freiheit eine große Bedeutung hatte, wurde die Entwicklung des herrschenden Privatrechtsbegriffs auch durch die politischen Gegebenheiten des 19. Jahrhunderts stark begünstigt. Einerseits ermöglichte das römische Privatrecht als *ius commune* eine gewisse Rechtseinheit trotz politischer Kleinstaaterei, andererseits wurde die Klassifizierung als „Privatrecht“ Grundlage der Rechtswegeröffnung.

Mit dem Ende des alten Reichs 1806 war es politisch zu einer Zersplitterung Deutschlands gekommen. Der berühmte Kodifikationsstreit zwischen *Thibaut* und *Savigny* fand gleichzeitig mit dem Wiener Kongress statt, der 1815 die territoriale Neuordnung Deutschlands besiegelte. Auch wenn *Savignys* Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ die wissenschaftliche Fundierung lieferte, waren es wohl eher politische Realitäten, die eine Kodifizierung des deutschen Zivilrechts Anfang des 19. Jahrhunderts verhinderten.⁵³ Jedenfalls war später die Reichsgründung 1871 ein wesentlicher Auslöser für die Entstehung des BGB.

In der Zeit des Deutschen Bundes bedrohten die Partikularrechte der einzelnen Staaten die Rechtseinheit und damit auch eine mögliche Reichseinheit. Dem subsidiär geltenden römischen Recht kam daher eine wichtige *politische* Rolle zu. Als gemeines Recht galt es grundsätzlich in allen deutschen Staaten und wurde durch die Rechtswissenschaft einheitlich gepflegt und fortentwickelt.⁵⁴ Das *ius commune* wahrte nicht nur die Rechtseinheit,⁵⁵ sondern hatte auch den praktischen Vorteil, die Einheitlichkeit der Juristenausbildung zu gewährleisten. Wie bereits dargelegt, zeichnete sich schon das klassische römische Recht durch eine „Isolierung“ des Privatrechts von politischen und staatsrechtlichen Fragen aus. Diesen Aspekt nahmen die Pandektisten unter anderem deshalb so bereitwillig auf, weil er erlaubte, das römische Recht als autonomes Privatrecht, als eine überstaatliche oder vorstaatliche Privatrechtsordnung zu etablieren, die durch die

Technischen, das völlige Ausklammern des Zweckmoments, der Politik bei der Auffindung und Formulierung der Regel, bei der Entwicklung des Systems als des allen einzelnen Regeln innewohnenden Zusammenhanges war der Pandektenwissenschaft so selbstverständlich, daß darüber in ihr selbst kaum je ein Wort verloren wurde, ist zudem als Charakter dieser Wissenschaft auch so bekannt, daß dafür hier der Beweis kaum noch anzutreten sein wird.“ und *Kiesow*, JZ 2010, 585, 587 f.

⁵³ J. P. Schmidt, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. II, S. 986, 987.

⁵⁴ Dies war im Wesentlichen das Programm *Savignys*; vgl. *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814), S. 117–130.

⁵⁵ *Haferkamp*, 56 Am. J. Comp. L. 667, 676 (2008). Vgl. *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. I (1841), S. 27: „... wenn die nationale Einheit mächtig genug ist, wird es ihr [...] gelingen, die zufällige politische Trennung zu überwinden“.

Ränkespiele der deutschen Fürsten prinzipiell unberührt bleiben musste.⁵⁶ Insbesondere zwei politische Ereignisse Mitte des 19. Jahrhunderts riefen den zeitgenössischen Privatrechtlern in Erinnerung, wie wichtig es war, politische Neutralität zu üben: einerseits die Entlassung der als „Göttinger Sieben“ bekannt gewordenen Professoren 1837 nach ihrem Protest gegen die Aufhebung der liberalen hannoverschen Staatsverfassung,⁵⁷ andererseits das Scheitern der Paulskirchenverfassung.⁵⁸

Zu diesem Zweck musste auch der Anschein jeder politischen Steuerungsfunktion des Privatrechts vermieden werden, da eine solche in die politische Hoheit einzelner Staaten hätte eingreifen können. Es ist kein Zufall, dass sich um diese Zeit die Idee von der bereits oben behandelten Trennung von Staat und Gesellschaft durchsetzte.⁵⁹

Die Isolierungstendenz des Privatrechts, die zunächst in der Rechtswissenschaft geboren war, setzte sich in der Praxis insbesondere deshalb durch, weil sie auf offene Ohren der Landesherren stieß, denen sehr an einem unpolitischen Privatrecht gelegen war. Mit der Entwicklung des Konzepts eines staatlichen Gewaltmonopols Ende des 18. Jahrhunderts gewann das Öffentliche Recht eine neue, eigenständige Bedeutung, aus der heraus sich die kategoriale Abgrenzung zum Privatrecht entwickelte.⁶⁰ Die Abgrenzung der Rechtsgebiete wurde prak-

⁵⁶ Vgl. *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (1987), S. 84 ff.

⁵⁷ Siehe dazu etwa *Puchta* in einem Brief an *Hugo* vom 14.02.1839: „Unter uns gesagt, ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut“; zitiert nach *Haferkamp*, 56 Am. J. Comp. L. 667, 677, Fn. 56 (2008). *Dahlmann* war der Verfasser des Protestschreibens und zuvor am Entwurf der außer Kraft gesetzten Verfassung beteiligt gewesen.

⁵⁸ *Stolleis*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41, 57.

⁵⁹ Siehe dazu ausführlich oben S. 228 f. Siehe auch *Nörr*, *Eher Hegel als Kant* (1991), S. 12: „Ein Erdteil für das Privatrecht als Ausgleich für den verwehrten Zutritt zum politischen Raum, zur Souveränität: so könnte man auf eine kurze Formel den politischen Aspekt der Kennzeichnung des 19. Jahrhunderts als Jahrhundert des Privatrechts bringen.“ Die grundlegende Schrift *Lorenz von Steins* erschien 1850; vgl. *v. Stein*, *Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*, Bd. I (1850). Aus privatrechtlicher Sicht siehe *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I (1840), S. 22 f.: „Übersehen wir von dem nun gewonnenen Standpunkt aus das gesamte Recht, so unterscheiden wir in demselben zwey Gebiete, das *Staatsrecht* und das *Privatrecht*. Das erste hat zum Gegenstand den Staat, das heißt die organische Erscheinung des Volks: das zweyte die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse, welche den einzelnen Menschen umgeben, damit er in ihnen sein inneres Leben führe und zu einer bestimmten Gestalt bilde. Nicht als ob es, wenn wir diese beiden Rechtsgebiete vergleichen, an Übergängen und Verwandtschaften fehlte. [...] Dennoch bleibt zwischen beiden Gebieten ein fest bestimmter Gegensatz darin, daß in dem öffentlichen Recht das Ganze als Zweck, der Einzelne als untergeordnet erscheint, anstatt daß in dem Privatrecht der einzelne Mensch für sich Zweck ist, und jedes Rechtsverhältnis sich nur als Mittel auf sein Daseyn oder seine besonderen Zustände bezieht.“ (Hervorhebung im Original).

⁶⁰ *Schröder*, in: FS Gernhuber (1993), S. 961, 967–973; siehe auch *Stolleis*, in: Hoffmann-

tisch bedeutsam, weil sie über den Zugang zu den Gerichten bestimmte. Für den Schutz privater Rechte stand zwar (unabhängig von ihrer dogmatischen Verortung) eigentlich ein weitreichender Rechtsschutz zur Verfügung. Nach dem Fortfall der übergeordneten Reichsgerichtsbarkeit 1806 gewannen aber die einzelnen Länder eine stärkere Kontrolle über ihre Gerichte. Es war dabei das Bestreben der Landesherren, politische Fragen einer Kontrolle durch die Gerichtsbarkeit zu entziehen; dies geschah, indem man sie als Angelegenheit des Öffentlichen Rechts kennzeichnete und damit vom Rechtsschutz ausnahm.⁶¹ Obwohl der Schutz privater Rechte ursprünglich in den Gerichtsordnungen umfassend angelegt war, bestand im Ergebnis dieser Entwicklung gerichtlicher Rechtsschutz gegenüber dem Staat nur noch im Bereich der „fiskalischen Geschäfte“;⁶² dagegen waren Gesetzgebung und Verwaltung einer gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen.⁶³ Angelehnt an die französische Tradition, Regierungshandeln von einer gerichtlichen Kontrolle auszunehmen, konstituierten lediglich die Zivil- und Straferichtsbarkeit einen „ordentlichen Rechtsweg“, während die Kontrolle des Verwaltungshandelns allein verwaltungsinternen Instanzen oblag. Die Garantie des „ordentlichen Rechtswegs“ in Art. 19 Abs. 4 S. 2 GG stellt ein Überbleibsel dieser rechtshistorischen Entwicklung dar.

2. (Un-)gebrochene Strahlkraft einer Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts

Das BGB von 1896 bildete in gewisser Weise den Höhepunkt der Pandektistik des 19. Jahrhunderts,⁶⁴ stellte aber auch zugleich das Ende dieser Art von Rechtswissenschaft dar.⁶⁵ Die Kodifikation entsprach dem freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff, betonte die Bedeutung der persönlichen Freiheit, indem sie erstens dem Rechtsgeschäft eine zentrale Stellung einräumte und – abweichend vom traditionellen Pandektensystem – das Schuldrecht vor das Sachenrecht zog und zweitens durch das System dreier kleiner Generalklauseln einer deliktischen Haftung für fahrlässig herbeigeführte Vermögensschäden eine Absage erteilte.⁶⁶

Mit dem Inkrafttreten der Kodifikation wurde diese als Ausdruck des positiven Privatrechts zugleich Hauptbezugspunkt des wissenschaftlichen Privat-

Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Aufangordnungen* (1996), S. 41, 55–57.

⁶¹ Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht* (1968), S. 31, 51.

⁶² Bullinger, in: FS Rittner (1991), S. 69, 75; Grimm, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (1987), S. 84, 87.

⁶³ Ausführlich Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht* (1968), S. 49–54.

⁶⁴ Es ist weithin anerkannt, dass das BGB ein Kind der Pandektistik ist; vgl. z. B. Esser, in: ders. (Hrsg.), *Wege der Rechtsgewinnung* (1990), S. 307, 310; Kaser/Knützel, *Römisches Privatrecht*²⁰ (2014), S. 13; Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1953), S. 9.

⁶⁵ Kiesow, JZ 2010, 585, 589.

⁶⁶ Vgl. Haferkamp, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 229, 231.

rechtsbegriffs. Während das BGB aber in den mehr als 100 Jahren seines Bestehens, sei es aufgrund eines Wandels des zugrunde liegenden „Sozialmodells“⁶⁷ oder der sozialen Verhältnisse, eine Vielzahl an Änderungen einschließlich einer Neubekanntmachung erfahren und in seiner Anwendung einen Prozess der „Materialisierung“ erlebt hat,⁶⁸ ist der freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff in seinem Kern bis heute erhalten geblieben.⁶⁹ Dies ist umso erstaunlicher, als weder die philosophischen Grundlagen noch die politischen Umstände und rechtswissenschaftlichen Grundüberzeugungen, die zur Herausbildung dieser Privatrechtstheorie geführt haben, heute noch (uneingeschränkte) Gültigkeit beanspruchen können.⁷⁰ Keiner weiteren Erläuterung bedarf dies mit Blick auf die besondere politische Konstellation des 19. Jahrhunderts, welche die Politikferne des damaligen Privatrechts erzwang. Aber auch die Bedeutung römischrechtlicher Wurzeln hat mit jeder Reform des BGB weiter abgenommen, und die (rechts-)philosophischen Grundannahmen sind im Laufe der Zeit vielfach hinterfragt und verändert worden.

Allein die Kontingenz der Umstände aufzuzeigen, aus denen heraus sich eine Auffassung entwickelt hat, stellt bekanntlich noch kein Gegenargument gegen ihre Richtigkeit dar. Es wurden allerdings von Beginn an substantielle Einwände gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff erhoben (dazu unter a.). Der bis heute anhaltende Erfolg des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs liegt in einer Besonderheit des Privatrechtsdiskurses in Deutschland begründet. Dieses Charakteristikum der deutschen Rechtswissenschaft – insbesondere auch in Abgrenzung zur Entwicklung in den USA – bestand darin, dass die Einwände durch die vorherrschende Auffassung keineswegs ignoriert oder bis aufs Messer bekämpft, sondern vielmehr in den, immer mehr nur noch dem Namen nach freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff integriert wurden, wodurch die grundlegenden Wertungswidersprüche erfolgreich verdeckt werden konnten (dazu unter b.).

a. Einwände gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff

Gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff wurde eine Vielzahl unterschiedlicher Einwände vorgebracht, auf die an dieser Stelle nicht umfassend eingegangen werden kann. Herausgegriffen werden zunächst Inkonsistenzen in der begrifflich-philosophischen Begründung, denn ein zentrales Element des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs, das juristisch

⁶⁷ So die These von Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft* (1953), S. 18–24. Kritisch dazu Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014), S. 136 f.

⁶⁸ Zur Diskussion um die „Materialisierung“ des Privatrechts siehe Nachweise oben S. 64, Fn. 289.

⁶⁹ Siehe Nachweise S. 329, Fn. 14.

⁷⁰ Siehe auch (mit Bezug auf den savignyschen Privatrechtsbegriff) Nörr, *Eher Hegel als Kant* (1991), S. 25.

als Ausfluss der Nähe zur „Begriffsjurisprudenz“ angesehen werden kann, ist die logisch-begriffliche Ableitung subjektiver Rechte und korrespondierender Pflichten aus der Freiheit des Individuums. Anschließend werden zwei konkrete rechtstheoretische Angriffe auf den freiheitlich-philosophischen Privatrechtsbegriff vorgestellt, die eine von dessen Prämissen unabhängige Theorie des Privatrechts enthalten.

aa. Fehlschluss von der Freiheit auf das Recht

Ein zentraler Einwand gegen den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff lautet, dass dieser auf einem logischen Fehlschluss basiere, indem er die Annahme zugrunde legt, aus dem Begriff der sich selbst begrenzenden Freiheit konkrete subjektive Rechte und diesen korrespondierende Pflichten Dritter ableiten zu können.⁷¹

In der Rechtstheorie ist es üblich, subjektive Rechte in die Kategorien Ansprüche, Freiheiten und Kompetenzen einzuteilen.⁷² Unter einem Anspruch wird dabei (in Übereinstimmung mit der Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB) das Recht verstanden, von einem anderen die Vornahme einer positiven Handlung oder ein Unterlassen (eine negative Handlung) zu verlangen. Eine Freiheit stellt die Kombination der Erlaubnis, etwas zu tun, und der Erlaubnis dar, dasselbe zu unterlassen. Eine Kompetenz schließlich verleiht ein rechtliches Können, nämlich die Fähigkeit, durch Rechtsakte rechtliche Positionen zu ändern.⁷³ Wenn auch Freiheiten als Rechte (und nicht als gleichrangige eigene Kategorie) aufgefasst werden, impliziert dies ein Modell, in dem der Freiheit als solcher konkrete Pflichten Dritter korrespondieren, die darauf ausgerichtet sind, den Inhaber der Freiheit nicht an deren Ausübung zu hindern.⁷⁴ Eine wesentliche Grundlage für dieses Verständnis findet sich in *Kants* Rechtsbegriff. Nach *Kant* bilden die Elemente der Freiheit, des Rechts und der Pflicht eine Einheit: Rechte und ihnen korrespondierende Verbindlichkeiten betreffen das äußere Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern sie sich gegenseitig durch ihre Handlungen beeinflussen können, wobei die Abgrenzung nach der Willkür des einen im Verhältnis zur Willkür des anderen vorgenommen wird und dabei nicht anhand des Zwecks,

⁷¹ Grundlegend zum Folgenden *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 625–629; *dies.*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 55–63.

⁷² Siehe z.B. *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 171–224; *Hart*, in: ders. (Hrsg.), Essays on Bentham (1982), S. 162, 166–170 (im Anschluss an *Bentham*); *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 343; kritisch *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 599. Zu Unrecht wird *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II (1883), S. 49–57 für diese Position zitiert (so z.B. *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 343). Zu *Bierlings* Auffassung sogleich im Haupttext.

⁷³ Diese Begriffsbestimmungen sind entnommen von *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 173, 203, 216, sollten aber in der Sache nicht kontrovers sein.

⁷⁴ Siehe z.B. *Arnold*, Vertrag und Verteilung (2014), S. 220. Vgl. auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte (1986), S. 209, der zwischen unbewehrten und bewehrten Freiheiten unterscheidet.

sondern allein anhand eines abstrakten Freiheitsprinzips erfolgt.⁷⁵ Anders gewendet erhebt eine solche Rechtstheorie also den Anspruch, dass aus der abstrakten Abgrenzung der Freiheitssphären nicht nur der Umfang der Freiheit der einzelnen Person, sondern auch Pflichten deduziert werden können, die anderen Personen in Ansehung dieser Freiheit obliegen.⁷⁶

Dieses Konzept bildet die Grundlage für ein Verständnis des Privatrechts, das (jedenfalls theoretisch) aus natur- oder vernunftrechtlichen Prinzipien abgeleitet werden kann, so dass dem Staat lediglich die Rolle des Rechtsdurchsetzers, nicht aber die des Privatrechtsgestalters zukommt. Hier liegt eine wesentliche theoretische Grundlage des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs, weil ein vorpositives Privatrechtskonzept die philosophische Begründung der Möglichkeit liefert, überhaupt ein „politikfreies“ Privatrecht schaffen zu können, das allein auf einer Abgrenzung persönlicher Freiheitssphären beruht. Auch wenn kaum jemand für ein solches „reines“ Privatrecht eintritt und dem Gesetzgeber jeden Gestaltungsspielraum abspricht,⁷⁷ wird ein solches Idealbild dennoch häufig bemüht, um „Interventionen“ des Gesetzgebers, die von dem durch das „privatrechtliche System“ vorgegebenen Interessenausgleich abweichen, zu kennzeichnen oder zu kritisieren.⁷⁸

Die Kritik an diesem Ansatz wird am deutlichsten in einem 1913 im Yale Law Journal erschienenen Aufsatz des amerikanischen Rechtstheoretikers *Wesley N. Hohfeld* auf den Punkt gebracht,⁷⁹ wurde im Kern aber bereits 1883 von *Bierling* im zweiten Teil seiner „Kritik der juristischen Grundbegriffe“ formuliert.⁸⁰ Sowohl *Bierlings* als auch *Hohfelds* Argument lautet, dass ein wesentlicher Un-

⁷⁵ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 230.

⁷⁶ Siehe auch *Rawls*, A Theory of Justice (1971), S. 302 gemäß dessen „first priority rule“ Freiheiten nur zugunsten anderer Freiheiten sollen eingeschränkt werden können; kritisch dazu *Hart*, in: ders. (Hrsg.), Essays in Jurisprudence and Philosophy (1983), S. 223, 232–241.

⁷⁷ Siehe aber das Privatrechtsverständnis von *Jakobs*, JZ 2006, 1115, 1116 f. sowie bereits *Schlossers* Kritik am preußischen ALR; *Schlosser*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere (1789), S. 120: „Die Civilgesetzgebung, welche wahre Gesetze giebt, berechtigt den Regenten im Grund nicht, neue Gesetze zu machen, sondern da, wie Plato richtig sagt, das Gesetz nichts anders ist, als ein Satz, der das Wesen und die Verhältnisse der Dinge angibt, wie sie sind; der Mensch aber nicht immer versteht, was die Gesetze dieser Art sagen: so soll im Grund der Civilgesetzgeber nur der seyn, welcher dieses Verhältniß so erklärt, daß alle Menschen dasselbe verstehen, und seine Autorität soll sich nicht anmassen, die Dinge und deren Verhältnisse zu machen, sondern er soll nur deren Erklärung nach seiner besten Einsicht angeben; zufrieden, daß diese für Wahrheit gelten müsse!“

⁷⁸ Siehe z.B. *Finkenauer*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 241a Rn. 5, der die „liberale[] Konzeption des Privatrechts als eines weitgehend staatsfreien Raumes“ zur Abwehr von Verbraucherschutz und Verhaltenssteuerung im Privatrecht beschwört. Teils wird ein solches naturrechtliches Privatrechtsverständnis sogar als positive Grenze für den Gesetzgeber angesehen, so insbesondere *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 281; *Picker*, JZ 2003, 1035, 1038–1045, 1048.

⁷⁹ *Hohfeld*, 23 Yale L. J. 16, 33–37 (1913).

⁸⁰ *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II (1883), S. 49–57 und passim.

terschied zwischen Rechten (right) und Freiheiten bzw. rechtlichem Dürfen (privilege/liberty) bestehe. Während von einem „Recht“ nur gesprochen werden könne, wenn der Berechtigung einer Person die Pflicht (duty) einer anderen Person entspricht, korreliere der Freiheit einer Person das Nicht-Recht (no-right) einer anderen Person, ihn an der Ausübung der Freiheit zu hindern.⁸¹ Die Existenz einer Freiheit impliziert demnach also nicht eine Duldungspflicht Dritter, sondern lediglich die Nichtexistenz eines gegen die Ausübung der Freiheit gerichteten Unterlassungsanspruchs.⁸² Dies bedeutet, dass es eine Vielzahl an Freiheiten geben kann, die nicht gegeneinander abzugrenzen sind, sondern sich überlappen. So können etwa alle Menschen die Freiheit haben, in einem öffentlichen Park spazieren zu gehen, auch wenn sie diese offensichtlich nicht alle gleichzeitig ausüben können. Eine weitere Konsequenz besteht darin, dass der Inhaber einer Freiheit an ihrer Ausübung gehindert werden kann, ohne dass dadurch die Freiheit verletzt würde. Wenn der Park faktisch überfüllt ist, kann A ihn nicht betreten, obwohl ihm rechtlich weiterhin die Freiheit zusteht, den Park betreten zu dürfen. Da alle, die sich im Park aufhalten, dies in Ausübung ihrer Freiheit tun, steht A auch kein Unterlassungsanspruch gegen einen oder sämtliche anderen Spaziergänger zu.⁸³ Selbstverständlich bedeutet der Umstand, dass die Existenz einer rechtlichen Freiheit keine Duldungspflicht gegenüber Dritten gewährt, nicht, dass die Dritten deshalb neben der Freiheit bestehende Rechte nicht beachten müssten; so darf B den A nicht dadurch daran hindern, den Park zu betreten, dass er ihn verletzt oder tötet. *H.L.A. Hart* spricht insoweit von „protective perimeter“.⁸⁴ Diese Sichtweise führt aber in die Irre, denn es besteht keinerlei Zusammenhang zwischen dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und der

⁸¹ Graphische Darstellung der Theorie von *Hohfeld* bei *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1986), S. 188; *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 585; *dies.*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014), S. 57.

⁸² So das ganz herrschende Verständnis von *Hohfelds* Theorie; siehe z.B. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1986), S. 205; *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014), S. 57 f.; *Hislop*, ARSP 53 (1967), 53, 62; *Singer*, 1982 Wis. L. Rev. 975, 987 f.; anders aber offenbar *Arnold*, *Vertrag und Verteilung* (2014), S. 113, 220. Siehe auch *Bierling*, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Bd. II (1883), S. 52: „Dürfen“ [...] drückt nichts weiter aus als die Uebereinstimmung, d.i. den einfachen Nichtwiderspruch einer Weise des persönlichen Verhaltens mit gewissen Normen des Verhaltens, ‚rechtliches Dürfen‘ daher auch nichts weiter als den Nichtwiderspruch mit den Normen einer bestimmten Rechtsordnung [...]. Dagegen liegt darin gar nichts, was zur Annahme einer Verpflichtung Anderer gegen den nöthigte, welcher ‚darf‘.“ (Sperrung weggelassen).

⁸³ Diese Konsequenz leuchtet ohne weiteres ein, wenn man sich Beispiele aus dem Bereich des Wettbewerbs vor Augen führt: A mag die Freiheit haben, dem X sein Produkt anzubieten. Dies verleiht ihm aber keinen Unterlassungsanspruch gegenüber B, wenn dieser dem X das gleiche Produkt zu einem günstigeren Preis anbieten möchte und B deshalb an dem Angebot des A nicht mehr interessiert ist; vgl. *Larenz / Canaris*, *Schuldrecht*, Bd. II.2¹³ (1994), S. 351 f.

⁸⁴ *Hart*, in: *ders.* (Hrsg.), *Essays on Bentham* (1982), S. 162, 171–173; dem folgend *Alexy*, *Theorie der Grundrechte* (1986), S. 209, der von „mittelbar bewehrte[n] Freiheiten“ spricht (Hervorhebung im Original).

Freiheit, den Park zu betreten.⁸⁵ Häufig gewährt das Recht nicht nur eine Freiheit, sondern auch Rechte mit korrespondierenden Pflichten Dritter, welche den Kernbestand dieser Freiheit schützen sollen. Zwischen der Freiheit und diesen Rechten besteht aber ein kategorialer Unterschied.⁸⁶ Derartige Rechte sind für die Existenz der Freiheit deshalb weder notwendig noch hinreichend.⁸⁷

Für den vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass die Existenz einer rechtlichen Freiheit keine korrespondierenden Pflichten Dritter impliziert. Aus dem Umstand, dass allen Menschen die gleiche Freiheit zukommt, lassen sich deshalb nicht die immanenten Grenzen dieser Freiheit durch die Freiheit der anderen ableiten. Selbst wenn man von einer durch das Naturrecht oder eine höhere Instanz vorgegebenen Freiheit ausginge, sind die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Privatrechts logisch nicht notwendig, sondern kontingent, d. h. sie könnten auch anders ausgestaltet sein, ohne sich zu dieser Freiheit in Widerspruch zu setzen. Da Freiheit und Recht verschiedene Kategorien darstellen, wäre die Freiheit nicht einmal dann beeinträchtigt, wenn gar keine Rechte existierten.⁸⁸ Damit entfällt aber nicht nur die Möglichkeit, durch reine Erkenntnis ein vernunft- oder naturrechtlich zwingend vorgegebenes Privatrecht zu erlangen. Das Konzept der individuellen Freiheit verliert auch die Funktion eines idealen *Maßstabs* für das tatsächlich existierende Privatrecht.⁸⁹ Wenn aus der Freiheit keine Rechte

⁸⁵ Ein solcher Zusammenhang kann selbstverständlich im Einzelfall hergestellt werden. Die rechtliche Konsequenz kann dabei aber in beide Richtungen gehen: So kann B aufgrund des Nothilferechts im Einzelfall berechtigt sein, den A mittels einer Körperverletzung am Betreten des Parks zu hindern, wenn A gerade dabei ist, dort einen Mord zu begehen. Andersherum kann auch eine neutrale, grundsätzlich erlaubte Handlung, die A daran hindert, den Park zu betreten, im Einzelfall einen rechts- oder sittenwidrigen Verstoß gegen die Rechte von A darstellen. Ist etwa zu erwarten, dass A beim Betreten des Parks entdeckt, dass C ihn bestohlen hat (z. B. weil sich C mit dem gestohlenen Gegenstand im Park aufhält), und hindert B den A durch einen legalen Akt (z. B. durch eine Einladung an einen anderen Ort) daran, den Park zu betreten, allein mit dem Ziel, dass A den Diebstahl nicht entdecke, kann darin eine sittenwidrige Schädigung des A durch B liegen. In beiden Fällen ändert sich die rechtliche Bewertung, weil das Recht besondere Rechtsfolgen (d. h. Rechte und korrespondierende Pflichten) an die spezifischen Handlungsziele knüpft. Diese Rechtsfolgen sind aber unabhängig von der betroffenen Freiheit.

⁸⁶ *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II (1883), S. 324: „[I]ch gehe sogar so weit, zu behaupten, daß *dem bloßen Dürfen* oder Erlaubtsein niemals eine besondere, speciell correspondirende *Pflicht gegenüber* steht, daß vielmehr überall, wo dies scheinbar der Fall ist, nicht bloß ein Dürfen, sondern zugleich ein Anspruch vorliegt, mindestens ein bedingter.“ (Hervorhebung im Original).

⁸⁷ So ist es denkbar, dass jemand das Recht hat, anderen die Benutzung eines Grundstücks zu untersagen, ohne selbst berechtigt zu sein (d. h. die Freiheit zu haben), das Grundstück zu nutzen; vgl. *Singer*, 1982 Wis. L. Rev. 975, 988.

⁸⁸ In diesem Sinne ließe sich etwa ein vorrechtlicher „Naturzustand“ bei gleichzeitiger Anerkennung einer dem Menschen naturrechtlich gegebenen Freiheit denken; vgl. auch *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II (1883), S. 332 f.

⁸⁹ In diesem Sinne etwa die Funktion der „apriorischen Grundlagen“ bei *Reinach*, Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung 1 (1913), 685, 688–692, 816–839. Aus dem kantischen Rechtsbegriff lässt sich als Minimalanforderung nur ableiten, dass die (privatrecht-

und Pflichten abzuleiten sind, können tatsächlich statuierte Rechte und Pflichten auch keinen Verstoß gegen das Konzept eines „freiheitlichen Privatrechts“ darstellen. Anders gewendet bedeutet dies, dass alle privatrechtlichen Rechte und Pflichten auf einer politischen Entscheidung beruhen, die nicht als bloßer Nachvollzug einer apriorisch vorgegebenen Freiheitsabgrenzung verbrämt werden kann.⁹⁰ Dies leitet über zur Frage alternativer rationaler Begründungen privatrechtlicher Rechte und Pflichten.

bb. *Jherings* Theorie des „gesellschaftlichen Charakters der Privatrechte“

Einen Gegenentwurf zum freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff legte bereits im 19. Jahrhundert der späte *Jhering* vor. Ausgangspunkt war auch für *Jhering* die Beschäftigung mit dem Begriff des subjektiven Rechts. Im dritten Teil seines „Geists des römischen Rechts“ kam er zum „Begriff des Rechts“ und der herrschenden Willenstheorie des subjektiven Rechts.⁹¹ Es war die Unzufriedenheit mit den Antworten der Willenstheorie, die *Jhering* dazu brachte, eine alternative eigene Theorie des subjektiven Rechts zu entwickeln.⁹² Aufgrund der Beschäftigung mit dem subjektiven Recht ließ er das als Krönung seines Lebenswerkes angelegte Werk „Geist des römischen Rechts“ liegen zugunsten des (ebenefalls unvollendet gebliebenen) „Zwecks im Recht“,⁹³ in dem es ihm darum ging, seinen für das subjektive Recht gefundenen eigenen Ansatz zu einer allgemeinen Rechtstheorie, einschließlich einer Theorie des Privatrechts, weiterzuentwickeln.

lichen) Gesetze allgemein, für alle gleich und wechselbezüglich gelten müssen; vgl. *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 626.

⁹⁰ Vgl. *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 628; *dies.*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 59.

⁹¹ Zu dieser bereits oben S. 331.

⁹² Dies wird besonders deutlich, wenn man die frühen Auflagen (bis zur 3. Aufl.) mit den späteren (ab der 4. Aufl.) vergleicht. Während die Argumente zur Widerlegung der Willenstheorie weitgehend gleich bleiben, passt *Jhering* ab der 4. Aufl. den Text an seine eigene, im „Zweck im Recht“ entwickelte, positive Rechtstheorie an; vgl. einerseits *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 317–338, andererseits *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 327–350. Auf diese Änderung weist *Jhering* im Vorwort zur 4. Aufl. ausdrücklich hin; ebd., S. IX. Zur Willenstheorie als Folie der *Jheringschen* Argumentation siehe auch *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 322 f.

⁹³ Siehe *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. VII f.: „Dem folgenden Bande war die weitere Rechtfertigung und Verwerthung dieses Gesichtspunktes [i. e. einer abweichenden Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts; A.H.] vorbehalten. Bei der Ausführung kam ich aber über diesen Gesichtspunkt sehr bald hinaus. Der Begriff des Interesses nöthigte mich, den Zweck ins Auge zu fassen, und das Recht im subjectiven Sinn drängte mich zu dem im objectiven Sinn, und so gestaltete sich das ursprüngliche Untersuchungsobject zu einem ungleich erweiterten, zu dem des gegenwärtigen Buches: der Zweck im Recht. Nachdem diese Frage mir einmal entgegengetreten war, war ich nicht mehr im Stande ihr auszuweichen [...]. Ich habe es für nöthig gehalten, dies mitzutheilen, weil darin der Grund gelegen ist, der sich der Fortsetzung des obigen Werkes in den Weg gestellt hat. Zu letzterem kann ich erst zurückkehren, wenn das gegenwärtige Werk beendet ist. Für mich persönlich ist letzteres zu einer Lebensfrage geworden, welche das obige Werk, das ich früher als meine eigentliche Lebensaufgabe betrachtet hatte, in zweite Linie zurückgedrängt hat.“

Jherings Haupteinwand gegen die für die Begründung des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsverständnisses grundlegende Willentheorie des subjektiven Rechts lautet, dass nicht allein der Wille ein subjektives Recht begründen könne, sondern nur seine „Kongruenz“ mit dem objektiven Recht, so dass ein subjektives Recht auch ohne entsprechenden Willen, nicht aber ein subjektives Recht ohne Grund im Gesetz denkbar sei.⁹⁴ Zusammenfassend hält er fest: „[D]er Wille ist nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff ist nicht im Stande, das praktische Verständniß der Rechte zu erschließen.“⁹⁵ Den Übergang zu seiner eigenen Auffassung bereitet das Argument vor, ein subjektives Recht werde niemals allein aufgrund der Willensherrschaft, sondern stets zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks gewährt.⁹⁶ Dies führt schließlich zu *Jherings* eigener Definition des subjektiven Rechts: „Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“⁹⁷ Stets komme es darauf an, dass ein bestimmter Nutzen mit dem subjektiven Recht verbunden sei: „Kein Recht ist seiner selbst wegen oder des Willens wegen da, jedes Recht findet seine Zweckbestimmung und seine Rechtfertigung darin, daß es das Dasein oder Wohlsein fördert, kurz in dem Nutzen in dem oben angegebenen weitesten Sinn. Nicht der Wille oder die Macht bildet die Substanz des Rechts, sondern der Nutzen.“⁹⁸ Das Interesse (der Nutzen oder Zweck) bildet nach *Jhering* das „substantielle Moment des Rechts“; um ein subjektives Recht zu bejahen, muss das „formale Moment“ hinzukommen. Dieses bestimmte *Jhering* zunächst allein durch das privatrechtliche Klagerecht;⁹⁹ später modifizierte er seine Theorie, allerdings nur im Hinblick auf subjektiv-öffentliche Rechte, bei denen – in Abgrenzung zu einer rein reflexhaften Begünstigung des Einzelnen – auch die „Möglichkeit der Constatierung einer individuellen Rechtsverletzung“ für die Annahme eines subjektiven Rechts genüge.¹⁰⁰

⁹⁴ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 319 f. Später brachte er dies auf die prägnante Formel: „[D]as Recht ist nicht des Willens, sondern der Wille des Rechts wegen da.“; *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 331.

⁹⁵ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 327; *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 339.

⁹⁶ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 326; *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 338: „Die Rechte sind nicht dazu da, um die Idee des abstracten ‚Rechtswillens‘ zu verwirklichen, sondern um den Interessen, Bedürfnissen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In diesem Zweck finden sie, findet der Wille sein Maß und Ziel.“

⁹⁷ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 328; *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 339 (Sperrung des Originals weggelassen).

⁹⁸ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 350 (Sperrung des Originals weggelassen).

⁹⁹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 339 f.

¹⁰⁰ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 353 (Hervorhebung im Original). Ausführlich zum Ganzen *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 326–328, 341–344. Für ein weites Verständnis des formalen Kriteriums siehe dagegen *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 596 (Bewehrung mittels korrespondierender Pflichten).

Angeregt durch die Beschäftigung mit dem „Wesen“¹⁰¹ des subjektiven Rechts wandte sich *Jhering* der Entwicklung seiner Theorie des objektiven Rechts zu,¹⁰² in deren Mittelpunkt der „Zweck“ steht und die er in einem fundamentalen Gegensatz zur herrschenden Rechtsauffassung sah.¹⁰³ Ausgangspunkt dieser Theorie ist die Gegenüberstellung von Wahrheit und Richtigkeit. Die Wahrheit sei das Ziel der Erkenntnis und Maßstab des Theoretischen, während die Richtigkeit, die lediglich relativ, nämlich mit Bezug auf den jeweiligen Zweck bestimmt werden könne, Ziel des Handelns und Maßstab des Praktischen sei – und damit auch Maßstab des „Recht[s] als Vorschrift des menschlichen Handelns“.¹⁰⁴ Aus der Relativität der Zwecke folgert *Jhering*, „dass der Inhalt des Rechts ein unendlich verschiedener nicht bloss sein *kann*, sondern sein *muss*“.¹⁰⁵ Selbst solche „absoluten Rechtswahrheiten“, die sich bei allen Völkern finden, sind demnach wie die „Grundeinrichtungen der menschlichen Cultur“ lediglich „Niederschläge der Erfahrung in Bezug auf die gesicherte Erreichung gewisser menschlicher Zwecke“.¹⁰⁶ Dass dieser Charakter des Rechts als „eine einzige Zweckschöpfung“ manchmal vergessen werde, liege daran, dass „die meisten einzelnen schöpferischen Akte in eine so ferne Vergangenheit zurückreichen, dass der Menschheit die Erinnerung daran verloren gegangen ist.“¹⁰⁷ Der Zweck des Rechts bestehe in der „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“,¹⁰⁸ die nach *Jhering* einen subjektiven Maßstab darstellt, nämlich „alle diejenigen Güter und Genüsse, welche nach dem Urtheil des Subjects dem Leben erst seinen wahren Werth verleihen“.¹⁰⁹ An dieser Stelle kommt es zu einer Abgrenzung der individuellen (auf egoistischen Trieben beruhenden¹¹⁰) Zwecke von den Zwecken der „Gesellschaft“.¹¹¹ Aus dem Umstand, dass „alle Rechtssätze die Sicherung der

¹⁰¹ *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1³ (1877), S. 318; *ders.*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1⁴ (1888), S. 328.

¹⁰² Siehe Zitat S. 343, Fn. 93.

¹⁰³ Vgl. *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 529: „In diesem Einwand prägt sich die fundamentale Differenz aus, die zwischen der herrschenden Rechtsauffassung und der meinigen obwaltet, und die ich erst im zweiten Theil zum wissenschaftlichen Austrag bringen kann.“ (der zweite Teil wurde leider nicht mehr verfasst).

¹⁰⁴ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 437–439. *Jhering* verwendet das Gleichnis eines Arztes, dessen Therapie von der jeweiligen Diagnose abhängt.

¹⁰⁵ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 439 (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁶ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 441. Siehe auch ebd.: „Das Zweckmässige verliert dadurch nicht den Charakter des Zweckmässigen, dass diese seine Eigenschaft über allen Zweifel erhaben, in diesem Sinn also wahr ist.“

¹⁰⁷ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 441.

¹⁰⁸ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 443.

¹⁰⁹ *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 444.

¹¹⁰ *Jhering* bestimmt den Zweckbegriff beim Menschen ausgehend von den tierischen Instinkten; vgl. *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I² (1884), S. 26–32.

¹¹¹ Die Zwecke der Gesellschaft gliedert *Jhering* in außerrechtliche, gemischrechtliche und reinrechtliche Voraussetzungen des Bestehens der Gesellschaft. Während unter den gemischrechtlichen Voraussetzungen die gesetzlichen Begrenzungen von Selbsterhaltungstrieb, Geschlechtstrieb und Erwerbstrieb (etwa durch das Verbot von Streiks oder Wucher) verstanden

Lebensbedingungen der Gesellschaft zum Zweck haben“, folgert *Jhering*, dass die Gesellschaft das „Zwecksubject“ des Rechts ist.¹¹² Dabei handelt es sich gewissermaßen um ein Auffangsubjekt, das neben Individuum, Staat, Kirche und Vereine tritt und solche Rechtssätze aufnimmt, die sich auf keines der anderen vier Subjekte beziehen.¹¹³

Für eine Rechtstheorie, die ausschließlich am Zweck orientiert ist, verliert die Abgrenzung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht an Bedeutung. Bei *Jhering* zeigt sich dies daran, dass er nach seiner Hinwendung zum Zweck die Verortung von subjektiven Rechten im Privatrecht oder Öffentlichem Recht zu einer reinen Formfrage ohne Relevanz erklärt.¹¹⁴ Vor allem aber sieht er das Privatrecht als Mittel zur „Beschränkung[\\] des Individuums im Interesse der Gesellschaft“, das einen „Rechtsdruck auf [das] Individuum“ ausüben könne, den er in eine Reihe mit dem Steuerrecht, der Militärdienstpflicht und den Polizei- und Strafgesetzen stellt.¹¹⁵ Damit dient auch das Privatrecht der Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, es hat einen „gesellschaftlichen Charakter[\\]“:

Alle Rechte des Privatrechts, wenn sie auch zunächst nur das Individuum zum Zweck haben, sind beeinflusst und gebunden durch die Rücksicht auf die Gesellschaft, es gibt kein einziges, bei dem das Subject sagen könnte: dies habe ich ausschliesslich für mich, ich bin Herr und Meister über dasselbe, die Consequenz des Rechtsbegriffs erfordert es, dass die Gesellschaft mich nicht beschränke.¹¹⁶

Jherings Privatrechtstheorie stellt einen krassen Bruch mit dem freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff seiner Zeit dar.¹¹⁷ Anders als die freiheit-

werden, fallen unter die reinrechtlichen Voraussetzungen „die Gebote: ‚Du sollst nicht tödten, stehlen, Du sollst deine Schulden bezahlen, Du sollst der Staatsgewalt gehorsam sein, dem Staat steuern, Kriegsdienste leisten‘ u. s. w.“; *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 452–460. Kritisch zu *Jherings* Gesellschaftsbegriff *Nörr*, *Eher Hegel als Kant* (1991), S. 38 f.

¹¹² *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 462.

¹¹³ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 464.

¹¹⁴ Siehe *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Bd. III.1⁴ (1888), S. 340 mit Fn. 447a [Zusatz zur 4. Aufl.]: „Zu den ärgsten Verirrungen der modernen Jurisprudenz gehört die Behauptung, daß Leben und Freiheit keine Rechte im subjectiven Sinne seien, sie enthielten nur die Voraussetzungen derselben. [...] als ob die Form des Schutzes, ob sie dem Civilrecht oder dem Criminal- oder Polizeirecht angehört, das Maßgebende wäre. Im alten Rom konnte die Freiheit durch eine Privatklage geltend gemacht werden, heutzutage nicht mehr; hat sie darum aufgehört, ein Recht zu sein? Alle durch das Recht im objectiven Sinn geschützten Existenzialbedingungen der Person sind Rechte im subjectiven Sinn, in welcher Weise sie geschützt werden, ist vollkommen gleichgültig.“

¹¹⁵ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 512–517. Bereits im – in seiner Zeit als Hort der Freiheit rezipierten – altrömischen Privatrecht findet *Jhering* derartige Beschränkungen; vgl. ebd., S. 516 f.

¹¹⁶ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 532 f. Siehe auch *Jherings* Begründung der vertraglichen Bindung (ebd., S. 267–269) und des Eigentums (ebd., S. 526 f.).

¹¹⁷ Daran ändert es nichts, dass auch andere zeitgenössische Autoren in eine ähnliche Richtung gedacht haben; so aber offenbar *Wismeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates* (2015), S. 61.

lich-individualistische Sichtweise basiert *Jherings* Theorie nicht auf einem abstrakten Prinzip wie der Freiheit, die apriorisch abgegrenzt werden kann,¹¹⁸ sondern auf dem Nutzen, den sich der Einzelne oder die Gesellschaft von einer Regelung erwartet. Während die freiheitlich-individualistische Privatrechtstheorie prinzipienbasiert ist und den Nutzen ausdrücklich aus der Betrachtung ausklammert,¹¹⁹ zeichnet sich *Jherings* Theorie durch Folgenorientierung aus. Wer das Recht aus der Sicht der damit verfolgten Zwecke betrachtet, nimmt notwendigerweise auch die verhaltenssteuernde Funktion in den Blick. *Jhering* hat sich mit seiner Privatrechtstheorie gänzlich von dem auf apriorischen Prinzipien basierenden kantischen Modell gelöst und sich einer konsequentialistischen, utilitaristischen Sichtweise angeschlossen. In der Vorrede zum zweiten Band des „Zweck im Recht“ bekennt er sich ausdrücklich zu einem „gesellschaftlichen (objectiven) Utilitarismus“, den er von „dem abgestandenen öden individuellen Utilitarismus“ abgrenzt, welchen er insbesondere mit *Bentham* identifiziert.¹²⁰

Jhering selbst hielt es für sicher, dass seine Theorie der „individualistischen mehr und mehr Boden abgewinnen wird“. ¹²¹ Tatsächlich ist es anders gekommen. *Jherings* Werk hat zwar nachfolgende Juristengenerationen in vielerlei Weise beeinflusst,¹²² sein Privatrechtsbegriff hat sich – trotz einiger Anhänger aus dem Bereich der soziologischen Rechtsschule – insgesamt aber nicht durchsetzen können.¹²³ Auf die Gründe dafür wird einzugehen sein, nachdem zuvor die an *Jhering* anschließenden Einwände der Freirechtsschule und des Rechtsrealismus gegen das freiheitlich-individualistische Privatrechtsverständnis behandelt wurden.

¹¹⁸ Dazu persiflierend *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 537: „eine Abgrenzung der Freiheitssphären nach Art der Käfige in der Menagerie, damit die wilden Bestien sich nicht gegenseitig zerfleischen“.

¹¹⁹ Vgl. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 230: „[I]n diesem wechselseitigen Verhältniß der Willkür kommt auch gar nicht die *Materie* der Willkür, d. i. der Zweck, den ein jeder mit dem Object, was er will, zur Absicht hat, in Betrachtung, z. B. es wird nicht gefragt, ob jemand bei der Waare, die er zu seinem eigenen Handel von mir kauft, auch seinen Vortheil finden möge, oder nicht, sondern nur nach der *Form* im Verhältniß der beiderseitigen Willkür, sofern sie bloß als *frei* betrachtet wird, und ob durch die Handlung eines von beiden sich mit der Freiheit des andern nach einem allgemeinen Gesetze zusammen vereinigen lasse.“ (Hervorhebung im Original).

¹²⁰ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. II² (1886), S. XXI, 136 f., 212. Ausführlich dazu *Coing*, *ARSP* 54 (1968), 69, 75 f.

¹²¹ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 533.

¹²² Vgl. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. III (1976), S. 268–273; *Wischmeyer*, *Zwecke im Recht des Verfassungsstaates* (2015), S. 91–94.

¹²³ Triumphierend *Nörr*, *Eher Hegel als Kant* (1991), S. 42: „Für unser Fach ist es immerhin ein gutes Zeichen, daß sich aus *Jherings* Zwecklehre keine teleologische Rechtsphilosophie entwickelt hat.“

cc. Freirechtsschule und Rechtsrealismus

Die so genannte Freirechtsschule¹²⁴ entwickelte sich im ersten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts, also unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB. Dies war kein Zufall;¹²⁵ vielmehr formierte sie sich als Gegenbewegung zum Gesetzespositivismus und zur Begriffsjurisprudenz, die eine neue Blüte erlebten, als die Auslegung des neuen Gesetzbuchs in den Vordergrund des wissenschaftlichen Interesses rückte.¹²⁶ Demgegenüber bestand das vorrangige Ziel der Freirechtsschule darin, zu zeigen, dass auch nach der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts – dem in Gesetzesform gegossenen freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff – die Entscheidungsfindung nicht durch das nun gesetzlich niedergelegte Recht determiniert, sondern in wesentlicher Hinsicht ein Akt schöpferischer Rechtsfindung sei.

In Anbetracht der neuen Kodifikation war die Unmöglichkeit eines logisch geschlossenen Rechts, die Frage der Lücken im Gesetz, ein zentraler Topos der Freirechtsschule.¹²⁷ In dem Manifest der Freirechtsschule, „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“, wies *Hermann Kantorowicz* (alias *Gnaeus Flavius*) darauf hin, dass die Lückenhaftigkeit des Gesetzes keine zu vernachlässigende Randerscheinung sei, „nein, getrost darf man behaupten, daß nicht weniger Lücken als Worte da sind“.¹²⁸ Soweit das Gesetz einmal einen Fall klar entscheide, sei dies für den Richter bindend, in vielen Fällen sei das Gesetz aber unklar oder schweige.¹²⁹ Darüber hinaus nahm *Kantorowicz* auch dann eine „Lücke“ an, „wenn es, seiner [i. e. des Richters; A.H.] freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht

¹²⁴ Der Ausdruck „Freirecht“ geht zurück auf die Schrift „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ von *Eugen Ehrlich* aus dem Jahr 1903; wieder abgedruckt als *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben* (1967), S. 170 ff. Wichtige Vertreter der Freirechtsschule neben *Ehrlich* waren *Ernst Fuchs*, *Hermann Kantorowicz*, *Max Rumpf* und *Ernst Stampe*. Als „Freirechtsschule“ bezeichnet *Fuchs* die Bewegung in einer 1929 erschienen Schrift; wieder abgedruckt als *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft* (1965), S. 21 ff. Kritisch zur Bezeichnung als „Schule“ *Rückert*, ZRG GA 125 (2008), 199, 205 f. Dies ist nicht der Ort für eine umfassende Würdigung der Freirechtsschule; siehe dazu z. B. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. III (1976), S. 365–369; *Lombardi Vallauri*, *Geschichte des Freirechts* (1971); *Muscheler*, *Relativismus und Freirecht* (1984); *Riebschläger*, *Die Freirechtsbewegung*, Diss., Berlin (1967); *Rückert*, ZRG GA 125 (2008), 199 ff.

¹²⁵ Ausdrücklich *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft* (1965), S. 21. Zum BGB als Auslöser der Freirechtsschule siehe auch *Muscheler*, *Relativismus und Freirecht* (1984), S. 93; *Riebschläger*, *Die Freirechtsbewegung*, Diss., Berlin (1967), S. 32. Die Interpretation von *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 508, die deutsche Rechtswissenschaft habe nach Inkrafttreten der Kodifikation um ihre Daseinsberechtigung gefürchtet, verfehlt dagegen die wesentlichen Gesichtspunkte, aus denen heraus die Freirechtsschule entstand.

¹²⁶ Exemplarisch *Sohm*, DJZ 1909, 1019 ff.

¹²⁷ *Eugen Ehrlich* hatte sich dieses Themas bereits in einer Abhandlung aus dem Jahr 1888 angenommen (vgl. *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben* (1967), S. 80 ff.), auf die er sich später berief; vgl. *ders.*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben* (1967), S. 170.

¹²⁸ *Kantorowicz*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (1906), S. 15; siehe auch *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben* (1967), S. 170, 185.

¹²⁹ *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft* (1965), S. 65, 70.

wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt“.¹³⁰

Die Vertreter der Freirechtsschule zeigten auf, dass die Ausfüllung derartiger Lücken keineswegs durch das Gesetz oder die juristische Methodik eindeutig vorgegeben ist, sondern stets in wesentlicher Hinsicht ein voluntatives Element enthält.¹³¹ Damit wandte sich die Freirechtsschule fundamental gegen „die mühsam errungenen Sicherheiten der freiheitlich-idealistischen Prinzipienjurisprudenz“.¹³² Mit einer Auffassung von Privatrecht, welche auf dem Ausgleichen gegenseitiger Freiheiten und Willenssphären nach einem allgemeinen Gesetz basiert, verträgt es sich nicht, dass wesentliche Fragen dieses Privatrechts nicht nach abstrakten Gesichtspunkten der im Gesetzbuch niedergelegten Freiheit entschieden werden können, sondern ihre Beantwortung notwendig ein Element der von der Person des Entscheiders (sei er Richter oder Rechtswissenschaftler) abhängigen Dezision enthält.

Die Antwort der Freirechtsschule auf dieses Problem bestand in einer Ablehnung dogmatischer Scheinlösungen,¹³³ nicht aber in der Verwerfung des Rechts an sich. Stattdessen setzte sie ihre Hoffnung auf die Persönlichkeit des Richters.¹³⁴ Dieser sei berufen, Lücken im Recht „nach freiem Recht“ bzw. im Wege der „freien Rechtsfindung“ zu füllen.¹³⁵ Entgegen einem verbreiteten Vorurteil¹³⁶ hat die Freirechtsschule damit aber nicht dem willkürhaften contra-*legem*-Ju-

¹³⁰ Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 41.

¹³¹ Ehrlich, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 186–193; Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 22–30; Rumpf, Gesetz und Richter (1906), S. 98, 108–113. Prägnant Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 24: „Was uns in dem einen Fall extensiv oder analogisch, in dem anderen Falle wörtlich oder gar restriktiv interpretieren heißt, ist eben nicht das Gesetz und die Logik, sondern das freie Recht und der Wille, – bald der Wille, erwünschte Ergebnisse zu erzielen, bald derjenige, unerwünschten auszuweichen. Wir nehmen also nicht eine Konstruktion mit all ihren Konsequenzen an, weil sie die zwangloseste, logischste, natürlichste, beste ist, sondern umgekehrt erscheint uns eine Konstruktion als solche, wenn ihre Konsequenzen derart sind, daß wir sie wollen können.“

¹³² Rückert, ZRG GA 125 (2008), 199, 255.

¹³³ Prägnant Ehrlich, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 196: „In dem Augenblicke, wo anerkannt wird, daß im Gesetze nur das entschieden ist, was darin entschieden ist, daß das, was darin nicht entschieden ist, darin eben nicht entschieden ist, entfällt wohl auch jeder Anlaß, um mit Hilfe der Haarspaltnaschine und der hydraulischen Presse aus dem Gesetze Entscheidungen herauszudestillieren, die nicht darin enthalten sind.“

¹³⁴ Ehrlich, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 188; Fuchs, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 21, 26 f.; ders., in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 65, 73; Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 41; Rumpf, Gesetz und Richter (1906), S. 31 f.; Stampe, DJZ 1905, 1017, 1019.

¹³⁵ Ehrlich, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 185–193; Fuchs, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 65, 73; Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 41; Rumpf, Gesetz und Richter (1906), S. 118 f.

¹³⁶ Siehe z.B. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983), S. 33 mit Fn. 75; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 62; Rübbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie⁸ (2015), S. 381.

dizieren den Weg bahnen wollen, vielmehr sah sie das Naturrecht¹³⁷ bzw. die Gerechtigkeit¹³⁸ als Maßstab an oder berief sich, wie *Ehrlich*,¹³⁹ auf den Neukantianer *Stammler* und seine Lehre vom „richtigen Recht“.¹⁴⁰ *Ehrlich* selbst kennzeichnete die Methode der freien Rechtsfindung deshalb ausdrücklich als „konservativ“.¹⁴¹ In praktischer Hinsicht solle sich der Richter – in Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 des (damals noch im Entwurfsstadium befindlichen) schweizerischen ZGB¹⁴² – bei der Schaffung „freien Rechts“ in die Situation des Gesetzgebers versetzen und so entscheiden, wie dieser die entsprechende Frage zum Zeitpunkt des Urteils regeln würde.¹⁴³

Während die Freirechtsschule also durch ein Misstrauen gegenüber dem Gesetzbuch und dem historischen Gesetzgeber geprägt war und deshalb ihre Hoffnung in den Richter setzte, war umgekehrt gerade die Subjektivität des Richters Ausgangspunkt der Kritik des Rechtsrealismus. In Deutschland lässt sich am ehesten *Hermann Isay* hier einordnen, der, nicht mehr zur Freirechtsschule gehörig, aber in ihrer Tradition stehend, die grundlegende Bedeutung des „Rechtsgefühls“ für die richterliche Entscheidung herausstellte, welche daher ihrem Wesen nach irrational sei und erst im Nachhinein anhand der Norm kontrolliert werde.¹⁴⁴ Den Schwerpunkt des Rechtsrealismus bildet aber die Kritik US-ame-

¹³⁷ *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 10.

¹³⁸ *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 65, 73.

¹³⁹ *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 193.

¹⁴⁰ *Stammler*, Die Lehre vom richtigen Rechte (1902). Kern dieser Lehre ist ein „Naturrecht mit wechselndem Inhalt“; vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967), S. 589 f.

¹⁴¹ *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 193.

¹⁴² Art. 1 Abs. 2 ZGB lautet: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht [ursprünglich: „der Richter“; A.H.] nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es [ursprünglich: „er“; A.H.] als Gesetzgeber aufstellen würde.“ Kritisch zur Inanspruchnahme von Art. 1 Abs. 2 ZGB durch die Freirechtsbewegung *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber (1951), S. 24.

¹⁴³ *Ehrlich*, in: ders. (Hrsg.), Recht und Leben (1967), S. 170, 190 f.; *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 65, 72; *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 40 f. Die darin liegende Abkehr von der Erforschung des hypothetischen Willens des *historischen* Gesetzgebers wurde nicht nur als inhaltliche Neuerung angesehen, sondern auch zur Grundlage einer neuen Methodik erhoben; vgl. *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 65, 73: „Diese [die moderne juristische Methode; A.H.] erfordert einen ganz anderen Apparat als die der alten Methode zugrunde liegende Rechtsgeschichte und Systematik oder Dogmatik, nämlich vor allem die Einführung der nationalökonomischen und soziologischen Wissenschaften als Grundwissenschaften in die Jurisprudenz, ähnlich wie Anatomie und Physiologie die Grundwissenschaften der Heilkunde sind und nicht etwa die Arzneimittellehre.“

¹⁴⁴ *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung (1929). Besonders prägnant ebd., S. 177: „Die Ableitung der Entscheidung von einer Norm bedeutet ihre *nachträgliche* Ableitung. Die Entscheidung ist nicht in dieser Weise *entstanden*, sondern es wird nur kontrolliert, ob sie in dieser Weise *hätte entstehen können*. [...] Die ‚Begründung‘ ist also eine *Fiktion*. Der Richter offenbart nicht die wirklichen Entstehungsgründe der Entscheidung, sondern schreibt, als ob sie einfach aus der Norm abgeleitet sei. In Wirklichkeit ist das Verhältniss das Umgekehrte: die Norm ist aus der Entscheidung – oder mehreren Entscheidungen – abgeleitet.“ (Hervorhebung im Original). Während *Isays* Buch in den ersten Jahren hohe Aufmerksamkeit genoss, endete

rikanischer Rechtswissenschaftler an der Entscheidungspraxis der Common Law-Richter.¹⁴⁵

Obwohl bereits der Artikel „The Path of the Law“ von *Oliver W. Holmes* aus dem Jahr 1897¹⁴⁶ und die auf einen Artikel von *Roscoe Pound* aus dem Jahr 1910 zurückgehende Unterscheidung von „law in books“ und „law in action“¹⁴⁷ wichtige Kerngedanken des amerikanischen Rechtsrealismus vorwegnehmen, bildete sich die eigentliche Bewegung erst in den 1920er Jahren, vor allem an den Universitäten Columbia (*Karl N. Llewellyn* und *Robert L. Hale*) und Yale (*Walter Wheeler Cook* und *Arthur L. Corbin*).¹⁴⁸ Ausgangspunkt der Rechtsrealisten war – ähnlich wie bei der Freirechtsschule¹⁴⁹ – die Unbestimmtheit des Rechts. Da die Rechtsrealisten vor dem Hintergrund des amerikanischen Case Law-Systems argumentierten, galt ihr Angriff weniger dem Gesetzesrecht als der Bindungskraft von Präzedenzfällen.¹⁵⁰ Sie vertraten die These, die Richter würden ihre Entscheidungen in Wirklichkeit nicht aus den Präzedenzfällen gewinnen, sondern durch die besonderen Umstände des Einzelfalles und ihre Persönlichkeit beeinflusst entscheiden.¹⁵¹

die Rezeption schlagartig mit der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten; eine Ausnahme bildet *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), S. 7 mit Fn. 2 und öfters.

¹⁴⁵ Angesichts der engen Verwandtschaft von Freirechtsschule und Rechtsrealismus liegt hierin eine gewisse Ironie, denn *Kantorowicz* hatte gerade den britischen (und römischen) Richter am Schluss seines Manifests als das vorbildliche Idealbild des frei von juristischer Dogmatik entscheidenden Richters geschildert; vgl. *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), S. 48.

¹⁴⁶ Siehe z.B. *Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 466 (1897): „Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form. You always can imply a condition in a contract. But why do you imply it? It is because of some belief as to the practice of the community or of a class, or because of some opinion as to policy, or, in short, because of some attitude of yours upon a matter not capable of exact quantitative measurement, and therefore not capable of founding exact logical conclusions.“

¹⁴⁷ *Pound*, 44 Am. L. Rev. 12 (1910). Zu *Pounds* Beeinflussung durch *Jhering* siehe *Hart*, in: ders. (Hrsg.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), S. 265, 267 f.

¹⁴⁸ Der Kreis der Vertreter des amerikanischen Rechtsrealismus ist etwas unübersichtlich; historisch für das Bild des Rechtsrealismus einflussreich war die von *Llewellyn* getroffene Auswahl; vgl. *Llewellyn*, 44 Harv. L. Rev. 1222, 1257–1259 (1931). Für einen Überblick über die Theorie siehe *Grechenig/Gelter*, 31 Hastings Int'l. & Comp. L. Rev. 295, 309–315 (2008); *Horwitz*, The Transformation of American Law, 1870–1960 (1992), S. 169–212; *Leiter*, in: *Golding/Edmondson* (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory (2006), S. 50 ff.; *Rea-Frauchiger*, Der amerikanische Rechtsrealismus (2006); *Singer*, 76 Cal. L. Rev. 465 (1988).

¹⁴⁹ Zur indirekten Beeinflussung des amerikanischen Rechtsrealismus durch die Freirechtsschule siehe *Herget/Wallace*, 73 Va. L. Rev. 399 (1987); *Rea-Frauchiger*, Der amerikanische Rechtsrealismus (2006), S. 180 f.

¹⁵⁰ *Leiter*, in: *Golding/Edmondson* (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory (2006), S. 50, 51 f.

¹⁵¹ Prägnant *Frank*, 80 U. Pa. L. Rev. 17, 27 (1931): „The writer believes the evidence is overwhelming that our present judicial system is a disguised system of so-called Cadi justice.“

Die Rechtsrealisten kritisierten aber nicht nur die methodische Unehrlichkeit der Richter, sondern auch den konkreten Inhalt der Rechtsprechung, namentlich die von ihnen ausgemachte Tendenz, extrem wirtschaftsliberale Ergebnisse mit einer formalistischen juristischen Theorie zu rechtfertigen.¹⁵² Für diese Rechtsprechung steht paradigmatisch die Entscheidung *Lochner v. New York*,¹⁵³ in der die Mehrheit der Supreme Court-Richter ein Gesetz des Staates New York, das die Arbeitszeit der Bäcker auf 10 Stunden täglich begrenzte, wegen Verstoßes gegen die Vertragsfreiheit für unwirksam erklärte.¹⁵⁴ Insbesondere *Robert L. Hale* zeigte in seinen Arbeiten auf, dass Referenzen an die Freiheit des Marktes und die klassische ökonomische Theorie häufig dazu dienten, die wahren distributiven Auswirkungen von Entscheidungen zulasten der sozial Schwachen zu verbrämen.¹⁵⁵ Aus der Kritik von Begriffen wie „freier Markt“ und „Vertragsfreiheit“ entwickelte sich in der Bewegung des Rechtsrealismus die Dekonstruktion der Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht.¹⁵⁶

An dieser Stelle liegt die Wurzel für das unterschiedliche Verständnis von Privatrecht dies- und jenseits des Atlantiks. Als Ergebnis der Abkehr vom „Transcendental Nonsense“¹⁵⁷ begründeten die Rechtsrealisten ein Verständnis von Privatrecht als Teil der „government regulation“, das sich in den USA durchgesetzt hat und noch heute die vorherrschende Auffassung bildet.¹⁵⁸ Demgegenüber stellte in der deutschen Rechtsgeschichte die Freirechtbewegung nur eine kurze Episode dar, die ebenso wie der amerikanische Rechtsrealismus, die Jheringsche Zwecklehre oder die Kritik an der Ableitbarkeit von Rechten aus Freiheiten keinerlei entscheidenden Einfluss auf das herrschende Privatrechtsverständnis in Deutschland ausüben konnte.¹⁵⁹

Siehe auch *ders.*, 80 U. Pa. L. Rev. 233, 242 (1931) (Entscheidung = Stimuli x Persönlichkeit des Richters). Allgemein *Leiter*, in: Golding/Edmundson (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (2006), S. 50, 52 f.

¹⁵² Ausführlich dazu *Horwitz*, *The Transformation of American Law, 1870–1960* (1992), S. 194–198; *Singer*, 76 Cal. L. Rev. 465, 482–487 (1988); zurückhaltender aber *Leiter*, in: Golding/Edmundson (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (2006), S. 50, 65.

¹⁵³ 198 U.S. 45 (1905).

¹⁵⁴ Der Fall ist auch für ein abweichendes Minderheitsvotum von Justice *Oliver W. Holmes* berühmt, das in dem Satz gipfelt: „But a Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of *laissez faire*.“; 198 U.S. 45, 75 (1905) (*Holmes*, J. dissenting) (Hervorhebung im Original).

¹⁵⁵ *Hale*, 43 Colum. L. Rev. 603 (1943); siehe auch bereits *ders.*, 38 Pol. Sci. Q. 470 (1923).

¹⁵⁶ *Cohen*, 46 Harv. L. Rev. 553 (1933); *Hale*, 35 Colum. L. Rev. 149 (1935). Zusammenfassend *Horwitz*, 130 U. Pa. L. Rev. 1423, 1426 (1982); *ders.*, *The Transformation of American Law, 1870–1960* (1992), S. 206–208.

¹⁵⁷ Vgl. den Aufsatztitel *Cohen*, 35 Colum. L. Rev. 809 (1935): „Transcendental Nonsense and the Functional Approach“.

¹⁵⁸ Siehe bereits oben S. 325 mit Fn. 5.

¹⁵⁹ Vgl. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. III (1976), S. 367: „Auf der anderen Seite war es auch gerade die Erfolglosigkeit der Freirechtler, die das deutsche Recht bis heute in seinem prinzipiell kodifikatorischen und damit konservativen, historisch-begrifflichen und

b. Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs

Die bisherige Darstellung des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs und der daran geübten Kritik erfolgte bewusst „holzschnittartig“. Tatsächlich finden sich in der deutschen Rechtswissenschaft kaum Anhänger eines „reinen“ freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs, wie er von den Romanisten des 19. Jahrhunderts vertreten bzw. diesen zugeschrieben wurde. Allerdings haben sich auch die soeben skizzierten radikalen Gegenpositionen nicht durchsetzen können. Stattdessen dominieren „gemäßigte“ Auffassungen, welche zwar die Freiheitlichkeit des Privatrechts als ihren Ausgangspunkt nehmen, aber anerkennen, dass ergänzende Wertungen, etwa das „Vertrauensschutzprinzip“ oder das „Sozialprinzip“, hinzutreten.¹⁶⁰ Das als grundlegend angesehene Prinzip der Privatautonomie¹⁶¹ wird also um weitere Prinzipien ergänzt.

Interessant und im vorliegenden Zusammenhang weiterführend ist die Art und Weise, wie im Diskurs mit den fundamentalen Einwänden umgegangen wird: Während die Einsichten von *Hobfeld* sowie die Ansätze des amerikanischen Rechtsrealismus in der deutschen Privatrechtswissenschaft so gut wie gar nicht diskutiert werden, finden *Jherings* zweckbasierte Privatrechtstheorie und die Sichtweise der Freirechtsschule immerhin in grundlegenden Darstellungen beiläufige Erwähnung.¹⁶² Der Umstand, dass diese Sichtweisen der herrschenden Privatrechtsauffassung nicht als systemsprengende Einwände erscheinen, liegt darin begründet, dass es die deutsche Privatrechtswissenschaft nahezu kongenial verstanden hat, an sich unvereinbare gegensätzliche Positionen in den freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff zu integrieren. Nur durch diese Leistung konnte es der freiheitlich-individualistischen Privatrechtstheorie gelingen, nahezu 200 Jahre lang die deutsche Privatrechtsdiskussion zu dominieren. Dass dies keine Trivialität ist, zeigt ein Vergleich zu den Diskussionen in den USA und in England. Die rechtswissenschaftliche Diskussion in den USA hat sich infolge des Rechtsrealismus vollständig von der europäischen Diskus-

der Zukunft gegenüber methodisch im wesentlichen hilflosen Dasein hinterlassen hat. Wäre es den Freirechtlern gelungen, neben die große Leistung des Kodex die einer zukunfts offenen Methodik zu stellen, anders ausgedrückt, den Geist *IHERINGS* mit dem Geist der Kodifikation methodisch unanfechtbar zu verbinden, hätte das deutsche Recht den Anschluss an jene ‚westlichen‘ Rechtsordnungen gefunden, in denen das Recht keine konservative Kraft darstellt.“

¹⁶⁰ Siehe z. B. *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967), S. 131–151; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971), S. 439–451; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1999), S. 219–289; *Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001), S. 490–523.

¹⁶¹ Dazu unten S. 523 ff.

¹⁶² Siehe z. B. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 114; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 43–48, 59–62; *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 66 f., 639; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie⁸ (2015), S. 336–338, 381 f.

sion abgekoppelt. Das Privatrecht wird vom wissenschaftlichen Mainstream allein als staatliches Instrument wahrgenommen und die wissenschaftliche Diskussion kreist darum, ob in erster Linie ökonomische oder soziologische Einsichten die Folgenbewertung derartiger staatlicher Interventionen bestimmen sollten.¹⁶³ In England sind die diskutierten Widersprüche Gegenstand einer weithin wahrgenommenen rechtsphilosophischen Debatte, für die Namen wie *H.L.A. Hart*, *Ronald Dworkin*, *Joseph Raz* und *Neil MacCormick* stehen.¹⁶⁴

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, weshalb die deutsche Privatrechtswissenschaft nach wie vor einem im Kern auf dem freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff basierenden Verständnis von Privatrecht folgt, ohne dass dies Gegenstand größerer rechtstheoretischer Debatten wäre.

aa. Verdeckung von Wertungswidersprüchen insbesondere durch Kombinationslehren

Ein wesentlicher Grund, weshalb der freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff auch heute noch den Kern des vorherrschenden materialen Privatrechtsverständnisses ausmacht, besteht darin, dass dieses im Laufe der Zeit immer weiter modifiziert und ergänzt wurde, um aufkommenden Einwänden gerecht zu werden. Häufig wurden dadurch aber Wertungswidersprüche nicht behoben, sondern im Gegenteil durch nur scheinbare Lösungen des Konflikts verdeckt. Ein beliebtes Mittel zur Versöhnung grundlegender wissenschaftlicher Widersprüche, das auch in der Rechtswissenschaft häufig angewendet wird, besteht darin, scheinbar gegensätzliche Positionen durch „vermittelnde Ansichten“ oder „Kombinationslehren“ zu vereinen. Ziel einer solchen Argumentation ist die hegelianische Synthese, in der beide Positionen – These und Antithese – „aufgehoben“ sind.¹⁶⁵ Nicht immer gelingt aber eine solche Synthese. Schlägt sie fehl, handelt es sich um eine Scheinsynthese, d.h. die Gegensätze bestehen fort, sind aber nicht mehr als solche erkennbar.

Ein Beispiel bildet der Begriff des „subjektiven Rechts“. Hier standen sich die auf *Savigny* und *Windscheid* zurückgehende „Willenstheorie“¹⁶⁶ und *Jherings* „Interesstheorie“¹⁶⁷ gegenüber. Nach der Willenstheorie begründet das subjektive Recht einen Herrschaftsbereich, in welchem ausschließlich der Wille des Berechtigten Gesetz ist und Dritte von jeder Einwirkung ausgeschlossen sind,

¹⁶³ Siehe einerseits *Kaplow/Shavell*, 114 Harv. L. Rev. 961 (2001) und *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 34 f., andererseits *Tushnet*, in: *Golding/Edmundson* (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory* (2006), S. 80, 85 f.

¹⁶⁴ Siehe zu dieser Debatte unten S. 372 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Hegel*, *Phänomenologie des Geistes* (1807/1986), A.II., S. 94: „Das *Aufheben* stellt seine wahrhafte gedoppelte Bedeutung dar, welche wir an dem Negativen gesehen haben; es ist ein *Negieren* und ein *Aufbewahren* zugleich; das Nichts, als *Nichts des Diesen*, bewahrt die Unmittelbarkeit auf, und ist selbst sinnlich, aber eine allgemeine Unmittelbarkeit.“ (Hervorhebung im Original).

¹⁶⁶ Zu dieser bereits oben S. 331.

¹⁶⁷ Siehe oben S. 344.

während die Interessentheorie das subjektive Recht als rechtlichen Schutz eines bestimmten Interesses ansieht. Den Konflikt zwischen diesen Positionen sieht die heutige Privatrechtswissenschaft durch eine „Kombinationstheorie“ als gelöst an, die bereits Ende des 19. Jahrhunderts von *Regelsberger* begründet wurde. Er beendete die Kontroverse durch einen Begriff des subjektiven Rechts, der einfach beide Elemente kombiniert, und definierte wie folgt: „Ein subjektives Recht liegt [...] vor, wenn die Rechtsordnung die Verwirklichung des anerkannten Zwecks dem Beteiligten überlässt und ihm zu diesem Behuf eine rechtliche Macht zuerkennt.“¹⁶⁸ *Jellinek* verwendete eine ganz ähnliche Definition für das subjektiv-öffentliche Recht.¹⁶⁹ Soweit das Problem in der zeitgenössischen Literatur behandelt wird, pflegt man es mit einer ähnlichen Formel zu lösen.¹⁷⁰

Es handelt sich dabei aber um einen „Scheinfrieden[\\]“,¹⁷¹ denn die Kombinationslehren übergehen einen wesentlichen Aspekt der *Jheringschen* Theorie, nämlich das Element der rechtlichen Anerkennung. Aus einem „Interesse“ wird nach *Jhering* nur dann ein „subjektives Recht“, wenn es durch die Rechtsordnung geschützt, d. h. als mit den Zwecken der Rechtsordnung konform angesehen wird.¹⁷² Zwar verlangt auch die Willentheorie eine *rechtliche* Position, welche die Willensherrschaft des Berechtigten begründet. Während aber der Kerngedanke von *Jherings* Zwecklehre die Relativität der Zwecke ist, so dass das Recht seiner Ansicht nach je nach Gesellschaft und politischer Machtkonstellation notwendigerweise einen anderen Inhalt erhält,¹⁷³ geht die Willentheorie letztlich auf die kantische Rechtsphilosophie zurück, welche die jeweiligen Sphären der Willensherrschaft des Individuums aus einer apriorischen Abgrenzung der wechselseitigen Freiheitsräume gewinnt.¹⁷⁴ Indem das Interesse als Gegenstand der Willensmacht in die willens theoretische Begründung des subjektiven Rechts aufgenommen wird, verschwindet der grundlegende Gegensatz zwischen Willentheorie und Interessentheorie nicht. Dieser besteht nicht primär in der Umschreibung der durch das subjektive Recht verliehenen persönlichen

¹⁶⁸ *Regelsberger*, Pandekten, Bd. I (1893), S. 76.

¹⁶⁹ *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte² (1905), S. 44: „Das subjektive Recht ist daher die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht.“

¹⁷⁰ Siehe z. B. *Larenz / Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts⁹ (2004), S. 242 f.; *K. F. Röhl / H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 358; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie⁸ (2015), S. 40.

¹⁷¹ *Auer*, AcP 208 (2008), 584, 632. Zurückhaltender aber nunmehr *dies.*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 44: Die Kombinationslehre sei ein „deutliches Indiz dafür [...], dass die Auseinandersetzung letztlich keiner Entscheidung bedarf“.

¹⁷² Unwesentlich ist, ob dies durch ein privates Klagerecht (so *Jherings* Theorie; vgl. oben S. 344) oder in sonstiger Weise geschieht; wesentlich ist der Umstand, dass der Berechtigte sein Recht geltend machen kann. Die Begründung des subjektiven Rechts allein aus dem objektiven Rechts vertritt *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (1934), S. 47–52.

¹⁷³ Siehe oben S. 345 sowie *Nörr*, Eher Hegel als Kant (1991), S. 41 f.

¹⁷⁴ Siehe oben S. 351 mit Fn. 28 f.

Macht als Wille oder Interesse,¹⁷⁵ sondern in dem Grund ihrer rechtlichen Anerkennung.¹⁷⁶

Durch die Kombinationslehren werden Elemente einer an sich folgenorientierten Rechtstheorie in einen prinzipienbasierten Rechtsbegriff integriert, ohne dass der darin liegende Widerspruch¹⁷⁷ offengelegt würde. Im Gegenteil hat die herrschende Auffassung die Zweckmäßigkeit sogar zu einem Rechtsprinzip umgedeutet.¹⁷⁸ Mit diesem Kunstgriff lassen sich auch zu radikal erscheinende Konsequenzen der Willenstheorie und einer auf dieser basierenden freiheitlich-individualistischen Privatrechtsauffassung vermeiden. Denn als Grundlage einer heutzutage allgemein akzeptierten Privatrechtsordnung wäre eine reine Willenstheorie kaum tauglich. Ihre konsequente Durchführung würde letztlich einen „Minimalstaat“ zur Folge haben, der sich darauf beschränkt, privatautonom getroffene Vereinbarungen und Ansprüche zum Schutz von Leib, Leben und Eigentum durchzusetzen.¹⁷⁹ Selbst eine „Privatrechtsgesellschaft“ im Sinne *Böhms*, in welcher der Staat im Wesentlichen darauf reduziert ist, die privatautonom geschlossenen Verträge und Eigentumsrechte durchzusetzen, während der Markt die Bedürfnisbefriedigung steuert, verlangt demgegenüber bereits ein Mindestmaß an heteronomer staatlicher Steuerung (zum Schutz vor Marktversagen), die nicht mehr auf die Privatautonomie zurückgeführt werden kann.¹⁸⁰

bb. Interessenjurisprudenz als Folge und Ende *Jheringscher* Privatrechtstheorie

Ein besonders lehrreiches Beispiel für die Integrationskraft der prinzipienbasierten freiheitlich-individualistischen Privatrechtsauffassung bietet die Interessenjurisprudenz. Die Interessenjurisprudenz nahm einen ganz ähnlichen Ausgangspunkt wie die Freirechtsschule, indem sie – beeinflusst durch die Rechtstheorie *Jherings* – die Frage stellte, wie Lücken im Gesetz zu füllen seien. Während aber die Freirechtsschule keinerlei bleibenden Einfluss auf die deutsche Privatrechtswissenschaft ausüben konnte,¹⁸¹ entwickelte sich die Interessenjurisprudenz zu der lange Zeit dominierenden Sichtweise, der auch heute noch eine erhebliche Be-

¹⁷⁵ So aber offenbar *Wagner*, AcP 193 (1993), 319, 340 f.; *K.F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 358.

¹⁷⁶ So auch *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts¹⁰ (2012), S. 215 f., die in folgedessen zwischen liberalen Rechten (welche sich allein durch die „Rechtsmacht“ auszeichnen) und sozialen Rechten (die gerade bestimmten Interessen und Zielen dienen) unterscheiden. Siehe auch *Schapp*, Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung (1977), S. 88 f., der zwischen Ansprüchen und Herrschaftsrechten differenziert.

¹⁷⁷ Zu diesem ausführlich unten S. 365 ff.

¹⁷⁸ Siehe stellvertretend *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 330–335 sowie sogleich unter bb. Kritisch aber *Larenz*, Richtiges Recht (1979), S. 33.

¹⁷⁹ Vgl. *Nörr*, Eher Hegel als Kant (1991), S. 49 f. Eine solche Rechtsauffassung wird heute in Deutschland soweit ersichtlich nicht vertreten. In den USA siehe insbesondere *Nozick*, Anarchy, State, and Utopia (1974), S. 26–28, 149–231.

¹⁸⁰ Vgl. *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 98–100, 102.

¹⁸¹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 61 billigt der Freirechtsschule

deutung zukommt.¹⁸² Die Gründe für diese unterschiedlichen Schicksale zweier im Ausgangspunkt sehr ähnlichen Lehren können weiteren Aufschluss geben über die Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die Interessenjurisprudenz war im Kern deshalb erfolgreich, weil sie mit dem prinzipienbasierten Ansatz des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs vereinbar ist, während der Ansatz der Freirechtsschule diesen Rahmen sprengt.

Die Interessenjurisprudenz, die maßgeblich auf *Philipp Heck* sowie auf *Heinrich Stoll* und *Rudolf Müller-Erbach* zurückgeht,¹⁸³ sieht als ihren Vorläufer die so genannte „genetische Interessentheorie“, als deren wichtigster Vertreter *Jhering* genannt wird.¹⁸⁴ Als besondere Leistung *Jherings* wird gewürdigt, dass dieser die Bedeutung der Interessen für die Entstehung des Rechts erkannt habe. *Heck* spricht insoweit von einer „Kausallehre“, welche nach den für das Gesetz kausalen Interessen sucht.¹⁸⁵ Dabei genüge es aber nicht, einfach auf den „Zweck des Gesetzes“ zu schauen. Grundlegend für den Standpunkt der Interessenjurisprudenz ist vielmehr die Auffassung, „daß jedes Rechtsgebot einen Interessenkonflikt entscheidet, auf einem Gegeneinanderwirken entgegenstehender Interessen beruht, gleichsam die Resultante dieser Kräfte darstellt“.¹⁸⁶ *Jhering* habe demgegenüber nicht nur die Bedeutung des *Interessenkonflikts* für die Entstehung des Rechts übersehen, sondern es auch versäumt, „hinsicht-

immerhin die Erkenntnis zu, dass die Beurteilung eines Rechtsfalles mehr erfordere als eine „logische Deduktion“.

¹⁸² Zur heutigen Bedeutung der Interessenjurisprudenz siehe nur *Auer*, ZEuP 2008, 517 ff.; *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (2001), S. 95 f.; *Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe (2001), S. 250–253.

¹⁸³ Siehe etwa *Heck*, AcP 112 (1914), 1 ff.; *ders.*, Das Problem der Rechtsgewinnung² (1932); *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932); *ders.*, Interessenjurisprudenz (1933) sowie *ders.*, Grundriß des Schuldrechts (1929), Anhang: Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz, S. 471–482; *Stoll*, in: FS Heck, Rümelin, Schmidt (1931), S. 60 ff.; *Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? (1932).

¹⁸⁴ *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), S. 30 f.; *ders.*, Interessenjurisprudenz (1933), S. 12; *Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? (1932), S. 11, 26 f. Zu *Hecks* Beeinflussung durch *Jhering* siehe auch das Selbstzeugnis *Heck*, AcP 92 (1902), 438, 441: „Es ist mir ein Bedürfnis, bei dieser Gelegenheit [i. e. bei seiner Antrittsvorlesung in Tübingen; A.H.] hervorzuheben, daß ich die entscheidenden Anregungen für meine dogmatische Richtung *Jherings* Schriften verdanke. *Jhering* hat anfänglich ziemlich allein und stets mit besonderem Nachdruck die Nothwendigkeit betont, einerseits die Wirkung der Rechtsätze auf die Interessen, die funktionelle Seite des Rechts zu beobachten und umgekehrt auch von den einzelnen Lebensbedürfnissen ausgehend ihrer Einwirkung auf das Recht nachzuforschen.“

¹⁸⁵ *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 8; *ders.*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), S. 73 f.; *ders.*, Interessenjurisprudenz (1933), S. 10–14; siehe auch *Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? (1932), S. 11.

¹⁸⁶ *Heck*, Interessenjurisprudenz (1933), S. 13 (so genannte „Konflikttheorie“). Nach *Auer*, ZEuP 2008, 517, 525 legt die Konflikttheorie die Grundlage für die für die Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts fundamentale Einsicht, dass jegliches Recht auf einer Abwägungsentscheidung beruht. Ausführlich dazu sogleich unten S. 360 ff.

lich der Rechtsfindung die zutreffenden Folgerungen“ aus der Zweckgenese des Rechts zu ziehen.¹⁸⁷

Kernstück der Interessenjurisprudenz ist die „praktische Interessentheorie“, d.h. die Anwendung der Konflikttheorie auf die richterliche Entscheidungspraxis. Wie bei der Freirechtsschule ist auch hier die Gesetzeslücke Ausgang der Betrachtung.¹⁸⁸ Allerdings stellt die Interessenjurisprudenz im genauen Gegensatz zur Freirechtsschule die Gesetzesbindung des Richters in den Mittelpunkt.¹⁸⁹ Ziel der Interessenjurisprudenz ist es, einen Weg aufzuzeigen, wie *trotz* der Lückenhaftigkeit die Gesetzesbindung des Richters aufrechterhalten werden kann. Dazu legen die Vertreter der Interessenjurisprudenz einen weiten Gesetzesbegriff zugrunde: „Der Richter hat nicht nur das einzelne Gebot anzuwenden, sondern die Gesamtheit der vom Gesetze für schutzwürdig erachteten Interessen zu wahren.“¹⁹⁰ Aus diesem interessenbasierten Gesetzesverständnis folgt die Handlungsanleitung, dass der Richter bei einer gesetzlichen Regelungslücke „sich zuerst denjenigen Interessenkonflikt veranschaulichen [soll], der in dem Streitfalle vorliegt. Er hat dann zu prüfen, ob nicht derselbe Interessenkonflikt in Form anderer Tatbestände durch das Gesetz entschieden ist. Im Falle der Bejahung hat er das gesetzliche Werturteil zu übertragen, die gleichen Interessenkonflikte gleich zu entscheiden.“¹⁹¹ Die Konsequenz dieses methodischen Ansatzes ist, dass die Gesetzesauslegung nach Auffassung der Interessenjurisprudenz einem subjektiv-historischen Ansatz folgen, d.h. den Willen des historischen Gesetzgebers und nicht den „objektiven Sinn des Gesetzes“ ergründen soll.¹⁹²

Die besondere Leistung der Interessenjurisprudenz besteht darin, *Jherings* Privatrechtstheorie für die Rechtsanwendung fruchtbar gemacht zu haben.¹⁹³ Allerdings hat sie dies dadurch erreicht, dass sie die Zwecke des Rechts (aus Sicht der Interessenjurisprudenz: die Zwecke des historischen Gesetzgebers) in den prinzipienbasierten freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff integrierte.

¹⁸⁷ Heck, *Interessenjurisprudenz* (1933), S. 13. An dieser Stelle werfen die Vertreter der Interessenjurisprudenz *Jhering* methodische Aussagen vor, die dieser vor der Hinwendung zum Zweckdenken getätigt hat; vgl. Heck, *Grundriß des Schuldrechts* (1929), S. 473–478; ders., *Interessenjurisprudenz* (1933), S. 16–19 jeweils zu *Jherings* „höheren Jurisprudenz“; vgl. *Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Bd. II.²⁴ (1883), S. 358–361.

¹⁸⁸ Ausführlich zur Gesetzeslücke Heck, *AcP* 112 (1914), 1, 157–169.

¹⁸⁹ Siehe zur Abgrenzung der Interessenjurisprudenz von der Freirechtsschule in diesem Punkt Heck, *DJZ* 1905, 1140 ff.; ders., *AcP* 112 (1914), 1, 13 f.; ders., *Das Problem der Rechtsgewinnung*² (1932), S. 23–26; Stoll, in: FS Heck, Rümelin, Schmidt (1931), S. 60, 71–75.

¹⁹⁰ Heck, *Interessenjurisprudenz* (1933), S. 20; siehe auch ders., *AcP* 112 (1914), 1, 19–21.

¹⁹¹ Heck, *Interessenjurisprudenz* (1933), S. 20.

¹⁹² Heck, *AcP* 112 (1914), 1, 8 f.; 25–40, 59–81; Stoll, in: FS Heck, Rümelin, Schmidt (1931), S. 60, 71–75.

¹⁹³ Sehr positiv *Fikentscher*, *Rechtshistorisches Journal* 19 (2000), 560: „Für die bedeutendste Rechtsentwicklung der Gegenwart im In- und Ausland halte ich das schrittweise Vordringen der Iheringschen Zweckjurisprudenz über die Interessen- und die Wertungsjurisprudenz bis in die Rechtsvergleichung und Rechtskulturvergleichung. Es handelt sich um einen langen Weg, dessen volle Länge manche wohl nicht mehr mit dem Namen Ihering in Verbindung bringen würden.“

An die Stelle der begriffsjuristischen Abgrenzung von Ausdrücken wie Freiheit, Wille oder Macht tritt nun die Erforschung der Interessen, die in ganz ähnlicher Weise gegeneinander abgegrenzt werden,¹⁹⁴ um den Inhalt der Rechtsnorm – sei sie Gesetzesnorm oder durch den Richter im Wege der Lückenfüllung gefunden – zu bestimmen. Wo die Freirechtsschule dem Richter die Aufgabe und die Verantwortung für die Rechtsfortbildung überantworten wollte, betont die Interessenjurisprudenz die Bindung des Richters, zwar nicht an einen eng verstandenen Wortlaut und eine dahinterstehende „Begriffspyramide“, aber an die objektiv verifizierbaren Interessen, die der historische Gesetzgeber mit dem Gesetz fördern wollte.¹⁹⁵ Die Gesamtheit der geschriebenen Normen (das „äußere System“) wird ergänzt durch ein „inneres System“, welches die „immanente Ordnung“ der dem Gesetz zugrunde liegenden Interessen darstellt.¹⁹⁶ An die Stelle eines auf Begriffen aufbauenden prinzipienbasierten Privatrechts tritt also ein auf „Interessen“ aufbauendes systematisches Privatrecht. Während der Zweck bei *Jhering* das Privatrecht zu einem folgenorientierten System macht, fängt die Interessenjurisprudenz den Zweck wieder ein, indem sie die Erforschung der Interessen zur Aufgabe der Gesetzesauslegung erklärt. Die Interessen haben ihre Aufgabe erfüllt, wenn der richtige Inhalt des Rechts im Wege der Auslegung oder Lückenfüllung ermittelt ist; welche Folgen die Anwendung des Rechts in der Lebenswirklichkeit zeitigt, liegt außerhalb des „inneren Systems“ der gegeneinander abgegrenzten Interessen.¹⁹⁷ Damit stellte die Interessenjurisprudenz eine Weiterentwicklung des früheren Privatrechtsverständnisses,¹⁹⁸ nicht aber (wie die Freirechtsschule) einen Paradigmenwechsel dar.

¹⁹⁴ Siehe Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), S. 41: „Die Rechtsnorm grenzt einander entgegenstehende Interessen ab.“

¹⁹⁵ Zum Begriff des „historischen Gesetzgebers“ siehe Heck, AcP 112 (1914), 1, 64 f., 73, 111. Besonders prägnant ebd., S. 111: „Unser *Endziel* ist nicht die Erkenntnis eines psychologischen wirklichen Gesetzgeberwillens, sondern die Feststellung der objektiven, im Gesetz durch nicht genau übersichtbare Zwischenglieder kausal gewordenen Gemeinschaftsinteressen.“ (Hervorhebung im Original). Siehe auch Stoll, in: FS Heck, Rümelin, Schmidt (1931), S. 60, 72.

¹⁹⁶ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), S. 142 f.

¹⁹⁷ Anschaulich Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), S. 184: „Die Einordnung der Einzelerscheinungen in die Ordnungsbegriffe des Systems, die systematische, ordnende Konstruktion ist natürlich für die Interessenjurisprudenz durchaus geboten und von ihren Vertretern nicht vernachlässigt worden. [...] Diese ordnende Konstruktion der schon gewonnenen Normen enthält keine kausale Forschung, sondern eine Einordnung, eine Subsumtion unter Oberbegriffe, gleichgültig ob das ganz Untersuchungsobjekt oder ausgesonderte Elemente subsummiert werden.“

¹⁹⁸ Ausdrücklich Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung² (1932), S. 37: „Was die Darstellung anbetrifft, so ist eine grundlegende Umgestaltung der systematischen Anordnung, in der wir das bürgerliche Recht behandeln, nicht zu erwarten. So wichtig auch die funktionelle Betrachtung der Institute, ihre Wirkungen und legislativen Aufgaben ist, so dürfte doch für die Anordnung des Stoffes die bisherige Gliederung, wenn auch nicht unverändert, den Vorzug verdienen. Unser heutiges System beruht in seinen letzten Grundlagen auf Bedürfnissen der Orientierung, die von den Veränderungen der Methode unberührt bleiben.“

Die Interessenjurisprudenz bewirkte die Popularisierung, zugleich aber auch das Ende Jheringschen Privatrechtsdenkens, weil sie dieses in das prinzipienbasierte Denken des herkömmlichen freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs integrierte. Allerdings gelang der Interessenjurisprudenz nicht die vollständige Eliminierung des folgenbezogenen Denkens; sie hält vielmehr ein Einfallstor für einzelfallbezogene subjektive Wertungen in ein ursprünglich als objektiv konzipiertes prinzipienbasiertes Privatrechtssystem offen, indem sie auf der Relevanz der empirisch zu ergründenden Interessen, die der historische Gesetzgebers verfolgen wollte, beharrt. Darin liege, so *Heck*, „der berechtigte Kern des stark betonten Verlangens nach einer soziologischen Rechtswissenschaft, einer Rechtssoziologie oder einer die dogmatische Rechtswissenschaft ergänzenden soziologischen Rechtswissenschaft“.¹⁹⁹ Die Wertungsjurisprudenz schloss dieses Tor wieder, indem sie die Interessen zu „Werten“ objektivierte, und stellte damit die Einheit des prinzipienbasierten Privatrechtsverständnisses wieder vollständig her.

cc. Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz

Die Wertungsjurisprudenz, die in der einen oder anderen Form den meisten heutigen Privatrechtskonzepten zugrunde liegt,²⁰⁰ schließt den Kreis, indem sie eine Entwicklung abschloss, die vom freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriff über *Jherings* Zweckjurisprudenz bis zur Interessenjurisprudenz zurück zu einem Privatrechtsverständnis führt, das wieder offen ist für eine apriorische Rechtsbegründung. Die Wertungsjurisprudenz ist – auch in ihrer positivistischen Ausprägung, welche die Werte allein im geltenden Gesetz sucht – der Grund, weshalb wesentliche Elemente des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs auch heute noch den privatrechtlichen Diskurs in Deutschland bestimmen.

Der Übergang von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz vollzog sich gewissermaßen zweimal, aber mit umgekehrten Vorzeichen: Zunächst nach 1933 als Hinwendung zu einem völkischen Rechtsdenken,²⁰¹ für das *Larenz* den „Führerwillen“ als obersten Maßstab der Rechtsanwendung postulierte,²⁰² und dann

¹⁹⁹ *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung² (1932), S. 36.

²⁰⁰ Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 123: „heute vorherrschende methodologische Strömung“.

²⁰¹ Obwohl die Vertreter der Interessenjurisprudenz ihren Ansatz wegen seiner Unabhängigkeit von einer bestimmten Staatsform als ideale Möglichkeit anpriesen, die bestehenden Gesetze den neuen Vorstellungen des Führerstaats anzupassen (siehe insbesondere *Heck*, Rechtsenergie und juristische Methodenlehre (1936); *ders.*, AcP 142 (1936), 129 ff.; *Stoll*, in: Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz (1934), S. 83, 111), war es gerade diese Wertneutralität, die ihnen die Vertreter der „Neuen Rechtswissenschaft“ vorwarfen; vgl. *Forsthoff*, ZgS 96 (1936), 49, 69 f.; *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens (1938), S. 36–40; *C. Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), S. 58 f. Ausführlich zum Ganzen *Grimm*, in: *ders.* (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987), S. 373, 378–380; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung⁶ (2005), S. 176–183.

²⁰² *Larenz*, Deutsche Rechtsenergie und Rechtsphilosophie (1934), S. 35 f.: „Der Rich-

nach 1945 als moralische Wiedergewinnung der während der NS-Herrschaft zerstörten Werte.²⁰³ Beide Male lautete der Vorwurf, die Interessenjurisprudenz könne zwar die im Konflikt stehenden Interessen identifizieren; sie enthalte aber keine Vorgaben²⁰⁴ dazu, nach welchen Kriterien der Interessenkonflikt aufzulösen sei.²⁰⁵

In der Nachkriegszeit wurde insbesondere das Werk von *Harry Westermann* wegberaubend für die heutige Wertungsjurisprudenz.²⁰⁶ *Westermann* kritisierte an der Interessenjurisprudenz, dass diese nicht zwischen den im Konflikt stehenden Interessen als „Begehrensvorstellungen“ und den „Maßstäben [...], mittels deren die Interessen vom Gesetz bewertet werden“, unterscheide.²⁰⁷ Die von der Interessenjurisprudenz propagierte Interessenbewertung bleibe damit letztlich „bloßer *Machtspruch*, der den Menschen nicht innerlich zu lösen oder zu binden vermag“. ²⁰⁸ Die „hohe Würde“ des Rechtsprechens erfordere aber eine „*Bezugnahme auf die Gerechtigkeitsidee*“. ²⁰⁹ Demgemäß enthalte „jede streitentscheidende Norm die stillschweigende Behauptung, die in ihr enthaltene *Interessenbe-*

ter, der das Gesetz nach dem lebendigen Rechtswillen der Gemeinschaft auslegt und aus ihm ergänzt, handelt dem Willen des Führers gemäß. Denn der Führer will einen lebendigen Gemeinwillen wecken und erhalten; darum will er sein Wort auch nicht als toten Buchstaben, sondern als Ausdruck des Gemeinwillens verstanden wissen. So gilt hier alles das, was über die Aufgabe des Richters bereits gesagt wurde. Der Richter ist gebunden, jedes Gesetz, das mit dem Willen des Führers in Kraft tritt, als Recht anzuerkennen oder anzuwenden; aber er hat es anzuwenden *im Geiste* des Führers, gemäß dem gegenwärtigen Rechtswillen, der konkreten Rechtsidee der Gemeinschaft.“ (Hervorhebung im Original).

²⁰³ So warf etwa *Hallstein* in einem 1946 gehaltenen Vortrag über die „Wiederherstellung des Privatrechts“ der Interessenjurisprudenz vor, sie habe zu einer „Wertentleerung“ geführt, und forderte, die Wertungen „in das Licht des Bewußtseins zu heben“; vgl. *Hallstein*, SJZ 1946, 1, 4.

²⁰⁴ Siehe aber *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), der vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen „Rechtserneuerung“ und der Parallelität alten und neuen, nationalsozialistischen Rechts versuchte, auf der Grundlage eines subjektiv-teleologischen Rechtsverständnisses (vgl. ebd., S. 70) Kriterien zur Auflösung von Normwidersprüchen, Pflichtenkollisionen, Wertungs- und Prinzipienwidersprüchen herauszuarbeiten, wobei das Prinzip der „Einheit der Rechtsordnung“ teils als Axiom, teils als Postulat dient (vgl. ebd., S. 69).

²⁰⁵ Auf die Parallelität der rechtstheoretischen Argumentation 1936 und nach 1945 weist *Rückert*, ZRG GA 125 (2008), 199, 229 f., 232 hin. Der Frage, inwieweit bestimmte Auffassungen des Privatrechts dem Vordringen nationalsozialistischen Gedankenguts zuträglich waren, kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden; zu Recht skeptisch zur Möglichkeit juristischer Methodenlehre als Schranke gegen totalitäre Rechtsperversionen aber *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung⁶ (2005), S. 442–445.

²⁰⁶ Innerhalb der Wertungsjurisprudenz unterscheidet *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III (1976), S. 406–414 zwischen gesetzesimmanenter, für die *Westermann* steht, gesetzesfortbildender, für die *Larenz* steht, und gesellschaftsimmanenter Wertungsjurisprudenz, für die vornehmlich *Esser* steht. Dem folgend *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 129; *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (2001), S. 9.

²⁰⁷ *H. Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht (1955), S. 15.

²⁰⁸ Ebd., S. 16 (Hervorhebung im Original).

²⁰⁹ Ebd., S. 16 (Hervorhebung im Original).

wertung sei gerecht“, und könne daher als „situationsgebundene Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee“ aufgefasst werden.²¹⁰ Grundlage dieser Konkretisierung sei ein „objektives Wertbild“, welches in der „Gesamtstruktur des Rechts, [dem] Gesamtbild des Rechts und [dem] gesamte[n] soziale[n] Wollen, das aus dem gesamten Recht ersichtlich wird“, zu finden sei.²¹¹

Während *Westermann* einem (gesetzes-)positivistischen Wertverständnis folgte²¹² und *Coing* die rechtsgeschichtliche Analyse als Mittel zur Ergründung der einer Norm zugrunde liegenden Wertung vorschlug,²¹³ war es erneut *Larenz*, der in seiner 1960 erschienen Methodenlehre die Rückbindung der Werte an überpositive Maßstäbe forderte.²¹⁴ Nun verstand er das Recht als die „in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft als verbindlich gewußte Ordnung menschlichen Zusammenlebens unter der Anforderung der Gerechtigkeit“²¹⁵ und führte aus, die Rechtsidee bilde „das konkret-allgemeine, also inhaltlich erfüllte Sinn-a priori allen Rechts“.²¹⁶ Auf dieser Grundlage wird als Ziel der Auslegung nicht mehr – wie bei der Interessenjurisprudenz²¹⁷ – die Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers angesehen, sondern der „normative Gesetzessinn“, der „ebenso sehr durch den Willen des Gesetzgebers als ein historisches ‚Faktum‘ wie durch

²¹⁰ Ebd., S. 16 f. (Hervorhebung im Original). Siehe auch *H. Westermann*, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht (1957), S. 6: „[E]in dreistufiger Aufbau [kennzeichnet] die Norm [...]: Sie enthält als nach außen am deutlichsten in Erscheinung tretende Stufe eine Rechtsfolgenanordnung, die aus der Interessenbewertung (zweite Stufe) erwächst; die eigentliche Normgrundlage ist die dritte Stufe, nämlich die Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee dadurch, daß idR die Norm einen bestimmten Wert schützen und fördern oder Wertloses verhindern will. Diese Grundlage der Norm enthält den Versuch, die umfassende Gerechtigkeitsidee für die Bewertung der im Normenbestand zusammenstoßenden Interessen zu konkretisieren; sie sagt also, was die Gesetzgebung für die abstrakt bezeichneten Fälle als gerecht ansieht.“

²¹¹ *H. Westermann*, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht (1957), S. 52.

²¹² Siehe auch seine Positionierung zum Naturrecht: „Ich bin der Ansicht, daß es ein Naturrecht nicht gibt, sondern daß es nur Naturrechte unterschiedlicher Art gibt. [...] Ich glaube, daß es Naturrechtssätze gibt, die wirksam und gültig sind für gewisse Zeitepochen, in anderen Zeitepochen aber nicht gelten.“; *H. Westermann*, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht (1957), S. 52.

²¹³ *Coing*, JZ 1951, 481, 485.

²¹⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft¹ (1960), S. 128: „[D]er Jurist, wenn er seine Aufgabe darin sieht, zu werten, [kann] letzten Endes [nicht] dabei stehen bleiben, daß ihm gewisse Wertmaßstäbe im positiven Recht und in der Gesamtkultur gegeben sind; denn immer wieder ereignet es sich, daß in einem bestimmten Fall seine unmittelbare Werteinsicht – sein Rechtsgewissen – diesen gegebenen Wertmaßstäben widerspricht, und oft wird solcher Widerspruch sogar zum Anstoß für eine Weiterentwicklung des allgemeinen Bewußtseins selbst. Der Jurist, der in solcher Lage nach einer Orientierung sucht, kann nicht umhin, nach den letzten Sinnzusammenhängen zu fragen, in denen alle der Rechtsordnung immanenten Wertmaßstäbe fundiert sein müssen.“ Zurückhaltender aber *ders.*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1966), S. 6, wo nur von „der Rechtsordnung immanente[n] Wertmaßstäben“ die Rede ist.

²¹⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft¹ (1960), S. 144.

²¹⁶ Ebd., S. 145 mit Fn. 2.

²¹⁷ Siehe oben S. 358.

objektive, in der Sache gelegene Momente konstituiert“ werde.²¹⁸ Dies ist ein Privatrechtsverständnis, in welchem richterliche Rechtsfortbildung – insbesondere die Feststellung und Ausfüllung von Lücken im Gesetz²¹⁹ – als „Fortsetzung der Auslegung“ verstanden wird und selbst eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung für möglich gehalten wird, die sich noch „innerhalb des Rahmens und der leitenden Prinzipien der Gesamtrechtsordnung“ bewege.²²⁰ Mit diesem objektiv-teleologischen Verständnis des Privatrechts ist grundsätzlich die Idee verbunden, dass es auf jede Rechtsfrage im Prinzip nur eine einzige richtige Antwort geben kann.²²¹

Das Problem, wie die Antwort auf eine konkrete, gesetzlich nicht eindeutig geregelte Frage aus der Gesamtrechtsordnung abgeleitet werden kann, löst die Wertungsjurisprudenz mithilfe von „Prinzipien“ bzw. „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“. ²²² Diese werden als „mittlere Ebene“ zwischen der Rechtsidee (der Gerechtigkeit) und dem positiven Recht angesehen²²³ und bilden die Grundlage für eine Systematisierung des Privatrechts als „axiologische oder teleologische Ordnung“ leitender Wertgesichtspunkte.²²⁴ Die Besonderheit des Prinzipiensystems besteht darin, dass Prinzipien „nicht ohne Ausnahmen [gelten] und [...] zueinander in Gegensatz oder Widerspruch treten [können]; sie erheben nicht den Anspruch der Ausschließlichkeit; sie entfalten ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung; und sie bedürfen zu ihrer Verwirklichung der Konkretisierung durch Unterprinzipien

²¹⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft¹ (1960), S. 241. Anfangs ist Larenz' Theorie noch stark von Hegel geprägt (vgl. ebd., S. 240 f.: „Gesetz [ist] der ‚allgemeine‘ Wille als der sich im Dasein *verwirklichende* ‚objektive Geist‘“; Hervorhebung im Original). Später fehlen die Verweise auf Hegel, ohne dass sich das Rechtsverständnis dadurch entscheidend ändern würde; vgl. ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 318. Auch nach der Abwendung von Hegel vertritt Larenz die Auffassung, dass „[d]as in Anwendung stehende Gesetz [...] der Seinsschicht des objektiven Geistes (im Sinne der Schichtentheorie NIKOLAI HARTMANNs) an[gehört]. Es hat den Charakter eines weder physischen, noch psychischen, sondern eben geistigen Seins, das als ein solches in der Zeit existiert und mit ihr fortgeht.“; ebd., S. 317 unter Verweis auf Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie² (1977), S. 550 ff.

²¹⁹ Siehe insbesondere Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983), S. 31–52.

²²⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 366; wortgleich auch bei Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 187.

²²¹ Leicht relativierend Canaris, Grazer Universitätsreden 50 (1993), 23, 41 (These, dass jede vom Richter zu beantwortende Frage grundsätzlich nur eine einzige richtige Antwort kenne, als „regulative Idee“ im Sinne Kants).

²²² So insbesondere Esser, Grundsatz und Norm⁴ (1990), S. 51 f. und passim; Larenz, Richtiges Recht (1979), S. 23–32. Zum Begriff des „Prinzips“ grundlegend Dworkin, Taking Rights Seriously (1978), S. 22–28, 71–80 sowie Alexy, Theorie der Grundrechte (1986), S. 75–77; krit. dazu Poscher, RW 2010, 349 ff.

²²³ In diesem Sinne etwa Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 46 f., 52; Esser, Grundsatz und Norm⁴ (1990), S. 52 f., 150 f.; Larenz, Richtiges Recht (1979), S. 33–44, 174–185; ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 129, 165–173.

²²⁴ Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 47 (Hervorhebung weggelassen). Siehe auch Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), S. 31–51; Esser, Grundsatz und Norm⁴ (1990), S. 227 f., 323–326.

und Einzelwertungen mit selbständigem Sachgehalt“.²²⁵ In einem solchen System müssen die Abgrenzungen unterschiedlicher Prinzipien im Wege der Abwägung getroffen werden; der Rechtsgewinnungsprozess kann dabei als „Herstellung praktischer Konkordanz“ zwischen den konkurrierenden Prinzipien des Systems beschrieben werden.²²⁶

Der Erfolg der Wertungsjurisprudenz beruht darauf, dass sie das Privatrecht als ein auf allgemeine Rechtsprinzipien zurückgehendes System versteht, aber in diesem Rahmen unterschiedliche Spielarten zulässt. So sind einerseits verschiedene Auffassungen zu den Rechtsquellen möglich, die von dem Verweis auf eine „Wertethik“²²⁷ über einen „objektiven Wertrelationismus“²²⁸ bis zu einem gesetzes- und verfassungspositivistischen Verständnis²²⁹ reichen. Damit lässt sich die Privatautonomie je nach Belieben als naturrechtliches oder grundrechtlich verbürgtes Prinzip verstehen und um andere Prinzipien wie den Vertrauensschutz oder das Sozialstaatsprinzip ergänzen. Andererseits ist es möglich, sowohl ein logisch-geschlossenes, naturrechtliches „System“ dieser Werte anzunehmen²³⁰ als auch von einem offenen oder „beweglichen“ System auszugehen,²³¹ welches letzten Endes das Verhältnis der einzelnen Werte erst durch eine Abwägung im Einzelfall bestimmt.²³²

²²⁵ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 52 f.

²²⁶ *Meyer*, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz (1984), S. 102–104.

²²⁷ Besonders einflussreich wurden die Wertethiken von *N. Hartmann*, Ethik (1926) und *Scheler*, Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik⁵ (1966); vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 132.

²²⁸ *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie² (1977), S. 329–334. Vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 129: „Danach kommt es im wesentlichen auf die übereinstimmenden Inhalte des – an sich subjektiven – Wertbewußtseins der (meisten) Menschen in bezug auf bestimmte Gegenstände an, wie immer sich diese Übereinstimmung, etwa durch Erziehung oder sonst wechselseitige Beeinflussung, entwickelt hat.“

²²⁹ Siehe dafür etwa die Position von *H. Westermann*; vgl. oben S. 362. Siehe auch *Metzger*, Extra legem, intra ius (2009), S. 29, der als Grundlage für (induktiv zu gewinnende) allgemeine Rechtsgrundsätze auch fremde Rechtsordnungen, supra- und internationales Recht sowie historische Rechtsordnungen anführt.

²³⁰ In diese Richtung *Picker*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 85, 110: „Höher als der Geltungsanspruch einzelner Normen ist der des Systems. Strenger als der Geltungsbefehl einer aus dem Rahmen fallenden Vorschrift muß deshalb der der Wertungen und Maximen sein, die für das Privatrecht in seiner Gesamtheit konstitutiv sind.“ (Hervorhebung im Original).

²³¹ So insbesondere *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 61–85. Grundlegend zum „beweglichen System“ *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950).

²³² Zur Einzelfallabwägung als Subsumtion siehe *Riehm*, RW 2013, 1, 11.

3. Prinzipienbasiertes versus folgenorientiertes Privatrechtsverständnis

Die vorhergehenden zwei Unterabschnitte haben gezeigt, wie sich das heutige Privatrechtsverständnis aus der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts entwickelt hat und dabei gewichtigen Einwänden trotzen konnte, indem es der vorherrschenden Auffassung gelungen ist, diese in den Privatrechtsbegriff zu integrieren. Das Konzept der Regulierung als Einsatz staatlichen Privatrechts mit Steuerungszweck zur Implementierung politischer Ziele ist nicht Teil des heutigen Privatrechtsverständnisses, obwohl eine Reihe im Laufe der Zeit vertretenen Ansätze – namentlich *Jherings* Rechtstheorie, der Rechtsrealismus, aber auch die Freirechtsschule²³³ – eine solche Sichtweise nahe legen. Entscheidend für den vorliegenden Zusammenhang ist deshalb die Frage, weshalb die Privatrechtstheorie manche Aspekte integrierte (integrieren konnte), während die eben genannten Ansätze als systemfremd erschienen und entweder durch Scheinsynthesen eingefangen wurden oder gänzlich aus der heutigen Diskussion verschwunden sind. Mit der Antwort auf diese Frage lässt sich zugleich erklären, weshalb die Regulierungsfunktion bislang keinen Platz in der deutschen Privatrechtstheorie gefunden hat.

Die These, die im Folgenden entfaltet und begründet werden soll, lautet, dass Privatrechtstheorien wie *Jherings* Rechtstheorie, der Rechtsrealismus und die Freirechtsschule gegenüber der herrschenden freiheitlich-individualistischen Sichtweise einen Paradigmenwechsel darstellen. Während in Deutschland einheitlich ein prinzipienbasiertes Verständnis des Privatrechts vorherrscht (dazu unter a.), handelt es sich dabei um folgenorientierte Privatrechtstheorien. Dies ist nicht nur ein methodischer Unterschied, vielmehr geht es um ein abweichendes Verständnis des Privatrechts bzw. des Rechts an sich (dazu unter b.). Aus einer wissenschaftstheoretischen Sicht bilden prinzipienbasiertes und folgenorientiertes Rechtsverständnis Gegensätze, die gleichwertig, aber inkommensurabel sind (dazu unter c.). Praktisch können sie sich aber gegenseitig befruchten und so zu einem umfassenden Verständnis des Privatrechts beitragen (dazu unter d.).

a. Freiheitlich-individualistischer Privatrechtsbegriff als prinzipienbasierte Privatrechtstheorie

Entgegen der allgemeinen Überzeugung, dass das Privatrecht vorrangig durch bestimmte materielle Werte, namentlich die persönliche Freiheit bzw. die Privatautonomie, konstituiert werde,²³⁴ zeigt der obige historische Abriss, dass derartige Fundamente im Zeitablauf austauschbar sind. Während anfangs Begriffe wie „Freiheit“ und „subjektives Recht“ den Ausgangspunkt des Privatrechts bildeten, wurden sie später durch „Interessen“ verdrängt. Die Rückkehr zu einer materiellen Betrachtungsweise gelang nur auf dem Umweg über das Desaster des völ-

²³³ Zu diesen siehe oben S. 343 ff. und S. 348 ff.

²³⁴ Siehe dazu auch ausführlich unten S. 523 ff.

kischen Rechtsdenkens. Das freiheitliche BGB überstand die NS-Diktatur mit erstaunlich wenigen Gesetzesänderungen, weil es vorrangig die *Anwendung* des unveränderten Gesetzes war, welche die Monstrositäten völkischen Rechtsdenkens hervorbrachte.²³⁵ Die völlige Aufgabe der Freiheit als Privatrechtsprinzip stellte gerade *keinen* Paradigmenwechsel dar, sondern ließ sich systemkonform vollziehen. Der Umstand, dass die Wiedergewinnung der Würde des Rechts sich gerade derjenigen methodischen Ansätze bediente, die eben erst zu seiner Perversion beigetragen hatten (und teilweise von denselben Protagonisten ausging), zeigt, wie wenig der Inhalt und wie viel der theoretische Ansatz zur Konstanz des freiheitlich-individualistischen Privatrechts beiträgt.²³⁶ Der freiheitlich-individualistische Privatrechtsbegriff wird demnach nur sehr bedingt durch die Privatautonomie konstituiert.²³⁷

Auch wenn das Privatrechtsverständnis von der Romanistik des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart vielfältige inhaltliche Veränderungen durchlaufen hat, bleiben aber zwei Konstanten: Einerseits stehen am Anfang stets bestimmte (wenn auch nicht immer dieselben) Begriffe oder Werte, die das Privatrecht zur Geltung bringen soll, etwa die Freiheit oder die Privatautonomie. Andererseits zeichnet sich das Privatrecht dadurch aus, dass es ein System auf Grundlage der als fundamental angesehenen Begriffe oder Werte bildet, das diese möglichst widerspruchsfrei gegeneinander abgrenzt und zur Geltung bringt. Dies ist besonders deutlich bei der Begriffsjurisprudenz und bei der Wertungsjurisprudenz.²³⁸ Aber selbst die Interessenjurisprudenz, die nicht von abstrakten Begriffen oder Werten, sondern von tatsächlichen Interessen ausgeht, ist auf das Ziel ausgerichtet, diese so gegeneinander abzugrenzen, dass sich die Lösung des Einzelfalls als Ausfluss eines „inneren Systems“ darstellt.²³⁹ Bezugspunkt auch der Interessenjurisprudenz ist die „Einheit der Rechtsordnung“ als Axiom und Postulat privatrechtlicher Systembildung.

Solche Privatrechtstheorien werden hier als „prinzipienbasiert“ bezeichnet, weil sie ausgehend von abstrakten Vorgaben die Lösung der Einzelfälle durch

²³⁵ Dazu umfassend *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung⁶ (2005), S. 183–210, 216–270 und passim.

²³⁶ Dagegen sieht *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (2001), S. 95 f. im Übergang von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz einen „Paradigmenwechsel“; zu Recht kritisch dazu *Auer*, ZEuP 2008, 517, 520.

²³⁷ Siehe auch unten S. 529 ff. Laut *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 21 soll aber die Person eine sich durchziehende materiale Grundkategorie des modernen Privatrechtsverständnisses darstellen. Selbst der NS-Jurisprudenz sei es nicht gelungen, „den Personencharakter der von ihr Ausgeschlossenen zu negieren“ (ebd.). Dies mag hinsichtlich der Argumentationsstruktur in der damaligen Privatrechtswissenschaft zutreffen. Dagegen ist der mit der Anerkennung „Rassefremder“ als „Personen“ einhergehende ethische Wert in der Sache aufgegeben worden, so dass auch das Konzept der „Person“ nicht als Wertkonstante des prinzipienbasierten Privatrechts begriffen werden kann.

²³⁸ Siehe oben S. 332 f. und S. 360 ff.

²³⁹ Siehe oben S. 359.

„Konkretisierung“²⁴⁰ der Normen bzw. des Rechts verfolgen.²⁴¹ Ausgangspunkt und Determinanten des Systems sind stets abstrakte (oder abstrahierte) Prinzipien, Begriffe etc.²⁴² Dabei kommt es aus wissenschaftstheoretischer Sicht nicht darauf an, ob diese Prinzipien aus überpositiven Rechtsquellen wie dem Rechtsbegriff oder der Gerechtigkeit abgeleitet oder durch Verallgemeinerungen aus einem existierenden Rechtssystem gewonnen werden. Entscheidend ist vielmehr, dass für eine prinzipienbasierte Privatrechtstheorie die Aufgabe des Rechtsanwenders oder Rechtswissenschaftlers²⁴³ letztlich darin besteht, die „richtige Lösung“ des Einzelfalls aus dem System abzuleiten – und sei es in Form einer einzelfallbezogenen Abwägung.

Folgenbezogene Überlegungen sind kein notwendiger Bestandteil einer solchen Normkonkretisierung, können aber eine Rolle spielen, etwa bei der teleologischen Auslegung oder der Begründung einer Analogie zum Schutz vor Gesetzesumgehung.²⁴⁴ Sofern folgenbezogene Überlegungen angestellt werden, sind sie im Ergebnis aber erneut darauf ausgerichtet, den normativen Inhalt des „Privatrechtssystems“ für den Einzelfall zu konkretisieren.²⁴⁵ Soweit die Folgen des Rechts in diesem Sinne thematisiert werden, wird lediglich die Normbefolgung (Wirksamkeit im engeren Sinne) in den Blick genommen; die darüber hinausgehenden tatsächlichen, also z. B. gesellschaftlichen Auswirkungen der Rechtsanwendung (Wirksamkeit im weiteren Sinne)²⁴⁶ sind nicht mehr Teil prin-

²⁴⁰ Grundlegend *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit² (1968). Speziell zum Privatrecht siehe *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004).

²⁴¹ In der Ethik spricht man von „deontologischer Ethik“ oder Pflichtenethik, welche den ethischen Wert einer Handlung allein danach beurteilt, ob sie pflichtgemäß ist, ohne dass es auf die Konsequenzen ankäme; vgl. *Fabrenbach*, in: HWPh, Bd. II (1972), S. 114, oder, präziser, ohne dass es auf *empirisches* Wissen über die Konsequenzen ankäme; vgl. *Höffe*, Kategorische Rechtsprinzipien (1995), S. 213 f. Dementsprechend kann man auch von einer „deontologischen Rechtsbegründung“ sprechen, so z. B. *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 61. Hier wird der Begriff „prinzipienbasiert“ bevorzugt, weil er nicht einseitig das Pflichtenelement betont und damit dem vorherrschenden freiheitlich-individualistischen Begriff des Privatrechts eher gerecht wird.

²⁴² Siehe z. B. die „Prinzipienliste“ bei *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), S. 773–777, die drei „Prinzipien des gesamten Privatrechts“ – Prinzip der relativen (zweiseitigen) Rechtfertigung; Subsidiaritätsprinzip mit seiner negativen Seite; Selbstverantwortungsprinzip der Folgenzurechnung – sowie 131 „Prinzipien der einzelnen Privatrechtsmaterien“ (u. a. Verbot des Rechtsmissbrauchs; gleiche Rechtsfähigkeit; Monogamie) enthält.

²⁴³ Die Aufgabe des Rechtswissenschaftlers besteht zusätzlich darin, System- und Begriffsbildung zu betreiben, d. h. die das System konstituierenden Prinzipien zu identifizieren, zu definieren und nach ihrem äußeren und inneren Zusammenhang zu ordnen, um so die Anwendung auf den Einzelfall zu erleichtern; vgl. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 263–318.

²⁴⁴ Zur Analogiebildung als Mittel zur Bekämpfung von Gesetzesumgehung grundlegend *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung (1962), S. 78–104.

²⁴⁵ Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung² (1976), S. 172–176.

²⁴⁶ Zur Abgrenzung von Wirksamkeit im engeren und im weiteren Sinne siehe *Zippelius*, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie³ (2012), S. 104.

zipienbasierter Systeme.²⁴⁷ Das prinzipienbasierte Privatrechtsverständnis bleibt, mit anderen Worten, dabei stehen, „die bei gegebenen tatsächlichen Verhältnissen auftretenden Mißstände zu beheben (negieren) oder auszugleichen“, ohne „die tatsächlichen Verhältnisse so zu verändern, daß diese Mißstände möglichst gar nicht erst auftreten“. ²⁴⁸ Auch die Entwicklung eines „Wirtschaftsrechts“, welches anderen, steuerungsoffeneren Ansätzen folgt, ²⁴⁹ stellt angesichts der engen systematischen Verquickung und gegenseitigen Bezugnahme von bürgerlichem Recht und „Sonderprivatrecht“ keine Durchbrechung dieser grundsätzlichen Struktur des herrschenden Privatrechtsverständnisses dar. ²⁵⁰ Man kann zwar einzelne Rechtsgebiete anhand spezieller Vorgaben auslegen, die sich aus einem spezifischen Lebensbereich ergeben. Es ist aber kein gangbarer Weg zu einem Paradigmenwechsel, lediglich einzelne Elemente aus dem System herauszunehmen und grundsätzlich anderen methodischen Regeln zu unterwerfen. Eine solche „wirtschaftsrechtliche“ Auslegung bleibt – gerade wegen des Ausnahmecharakters dieses Vorgehens – der wissenschaftstheoretischen Grundentscheidung für eine prinzipienbasierte Sichtweise verpflichtet. Damit bleibt auch das „Wirtschaftsrecht“ integraler Bestandteil eines prinzipienbasierten Privatrechts.

Prinzipienbasierte Privatrechtstheorien sind darauf ausgerichtet, den Konflikt zwischen unterschiedlichen Prinzipien aufzulösen. Welche Verhaltensbeeinflussung die auf diese Weise gewonnenen konkreten Normen beim Adressaten oder bei Dritten tatsächlich bewirken, lässt sich im Rahmen einer prinzipienbasierten Theorie nicht adäquat erfassen. Denn eine solche Verhaltensbeeinflussung ist das Produkt von Umständen, die außerhalb des durch Begriffe oder Werte gebildeten Systems liegen. Regulierung ist deshalb keine Kategorie der vorherrschenden materialen Privatrechtsauffassung. Sie erscheint aus Sicht der prinzipienbasierten Privatrechtstheorien als unvermeidliche, abzulehnende oder auch begrüßenswerte Nebenfolge der Rechtsanwendung, ist aber als solche nicht Teil oder Ziel

²⁴⁷ Besonders klar *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 365: „[I]n der normalen Entscheidungstätigkeit [...] der Zivilgerichte kann die Frage nach den etwa eintretenden weiter reichenden Folgen der ins Auge gefaßten Entscheidung z. B. die Frage nach den unerwünschten wirtschaftlichen Folgen einer gesetzlich gebotenen Konkurseröffnung oder der Nichtigkeit eines Vertrages – im allgemeinen keine Rolle spielen.“ Offener für eine Folgenberücksichtigung aber *ders.*, ebd. bei „Grundsatzentscheidungen von großer wirtschaftlicher Tragweite“.

²⁴⁸ *Steindorff*, in: FS *Larenz* (1973), S. 217, 233.

²⁴⁹ Siehe die Überblicke bei *Kübler*, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik (1994), S. 364 ff. und *Karsten Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 176–178. Zu abweichenden Konzeptionen des Wirtschaftsrechts siehe einerseits *Mestmäcker*, in: *ders.* (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft (1993), S. 101 ff., andererseits *Wiethölter*, KJ 1985, 126 ff. Neuerdings versucht *Poelzig*, die Unterscheidung von Wirtschaftsrecht und sonstigem Privatrecht für eine steuerungsorientierte Theorie der Rechtsdurchsetzung beschränkt auf das Wirtschaftsrecht fruchtbar zu machen; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012); krit. dazu *Wagner*, AcP 214 (2014), 602, 606 f.

²⁵⁰ Kritisch auch *Bydlinski*, in: FS *Kastner* (1992), S. 71, 79–83.

prinzipienbasierter Privatrechtsanwendung und deshalb auch nicht Gegenstand der darauf bezogenen Privatrechtswissenschaft.²⁵¹

b. Folgenorientierte Privatrechtstheorie

Den Gegensatz zum prinzipienbasierten Privatrechtsverständnis bilden folgenorientierte Privatrechtstheorien.²⁵² Diese verstehen das (Privat-)Recht als Gesamtheit der (auf Initiative eines Privaten) potentiell mit Hoheitsmitteln durchsetzbaren Handlungsanweisungen, welche das Verhalten von Menschen in einer bestimmten Weise beeinflussen sollen. Ansätze einer solchen Theorie finden sich bei *Jhering*, wenn er das Recht als Mittel zur „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft“²⁵³ bezeichnet, sofern man annimmt, dass sich der Inhalt des Rechts an den zu erwartenden tatsächlichen Konsequenzen ausrichtet. Ein folgenorientiertes Privatrechtsverständnis geht nicht von Begriffen oder Prinzipien aus, sondern von den (erwarteten) Auswirkungen, die eine Rechtsnorm auf das Verhalten des Normadressaten oder von Dritten zeitigt, d. h. von den durch das Recht gesetzten Anreizen.²⁵⁴ Diese Sichtweise nimmt insbesondere der Privatrechtsgesetzgeber regelmäßig ein. Privatrechtliche Gesetze werden erlassen, um „Kostenfallen“ im Internet zu verhindern, Zahlungsverzug zu bekämpfen oder den Verbraucherschutz zu verbessern.²⁵⁵ Fragen der Stimmigkeit des Privatrechts als prinzipienbasiertes System beschäftigen die Gesetzgebung dagegen nur äußerst selten und dann zumeist im Rahmen größerer Kodifizierungsprojekte.²⁵⁶ Für den Gesetzgeber handelt es sich beim (Privat-)Recht in erster Linie um ein Instrument zur Implementierung politischer Ziele. Wer, wie die Freirechtsschule, vom Richter verlangt, er solle wie ein Gesetzgeber entscheiden,²⁵⁷ bekennt sich

²⁵¹ Zur Möglichkeit folgenbezogener Wertungen siehe aber unten S. 429 ff.

²⁵² An dieser Stelle erscheint eine Abgrenzung notwendig: Es geht in diesem Abschnitt nicht um Folgenorientierung als Rechtsanwendungsmethode, sondern um einen folgenorientierten Privatrechtsbegriff. Um zu einer Methode zu gelangen, ist zunächst ein Verständnis des Gegenstands der entsprechenden Wissenschaft erforderlich; vgl. *Jestaedt*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 185, 193. Um ein solches Verständnis geht es hier. Zu den methodischen Konsequenzen siehe unten S. 403 ff., 419 ff. sowie S. 438 ff.

²⁵³ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 443.

²⁵⁴ Dabei kann man zwischen positiven Anreizen (Belohnung) und negativen Anreizen (Abschreckung) unterscheiden. Geht es um monetäre Anreize, bildet der aus einer Handlung zu erwartende Gewinn den positiven Anreiz zur Vornahme dieser Handlung, eine bei Vornahme der Handlung zu erwartende Geldstrafe den negativen Anreiz, d. h. den Anreiz, die Handlung zu unterlassen.

²⁵⁵ Siehe zu den genannten Beispielen das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr [...] vom 10.05.2012, BGBl. I, S. 1084; Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr [...] vom 22.07.2014, BGBl. I, S. 1218; Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie vom 20.09.2013, BGBl. I, S. 3642.

²⁵⁶ So dauerte es 100 Jahre, bis das Institut der „positiven Forderungsverletzung“, welches bereits 1902 durch *Staub*, in: FS für den XXVI. DJT (1902), S. 29 ff. „entdeckt“ worden war, im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung 2002 in § 280 Abs. 1 BGB kodifiziert wurde.

²⁵⁷ Vgl. Nachweise S. 350, Fn. 143.

deshalb zu einem folgenorientierten Privatrecht. In den USA beherrschen folgenorientierte Privatrechtstheorien die juristische Diskussion seit Beginn des 20. Jahrhunderts.²⁵⁸

Wenn ein allein aus naturrechtlichen Prinzipien deduziertes Vernunftrecht im Sinne *Kants* den Grenzfall eines prinzipienbasierten Privatrechtsverständnisses bildet, so ist es andererseits der Grenzfall folgenorientierter Privatrechtstheorie, rechtliche Normen mit *Holmes* zu bloßen Vorhersagen darüber zu degradieren, wie ein Richter einen konkreten Fall voraussichtlich entscheiden wird.²⁵⁹ Weder die eine noch die andere Sichtweise ist notwendig, um die jeweiligen Privatrechtstheorien zu vertreten. Ebenso wie ein prinzipienbasierter Ansatz rechtspositivistisch sein kann, ist es möglich, im Rahmen einer folgenorientierten Privatrechtstheorie ein normatives Rechtsverständnis zugrunde zu legen.²⁶⁰

Das Verständnis des Privatrechts als Instrument zur Beeinflussung des Verhaltens von Menschen ist also keineswegs eine außerrechtliche Sichtweise.²⁶¹ Vielmehr stellen alle gängigen (rechts-)philosophischen Rechtfertigungen des Rechts – mit erheblichen Unterschieden im Detail – darauf ab, dass der Staat legitimerweise Rechtspflichten zwangsweise durchsetzen darf, weil dies letztlich dem *Vorteil* aller dient.²⁶² Ein solcher Vorteil, der jegliches staatlich durchgesetzte Recht, und damit auch das Privatrecht, überhaupt erst zu rechtfertigen vermag, liegt aber nicht in der idealistischen Freude an der systematischen Stimmigkeit eines abstrakten Rechtsgebildes, sondern in dem tatsächlichen Nutzen,

²⁵⁸ Prägnant *Tamanaha*, *Law as a Means to an End* (2006), S. 132: „[W]hen the differences in attitude, orientation, theoretical presuppositions, and politics among these various [academic; AH.] approaches and ideas about law are stripped away, they share a common component: All construe law in fundamentally instrumental terms.“ Siehe auch den kurzen Überblick bei *Oman/Solomon*, 62 *Duke L. J.* 1109, 1114–1119 (2013). Dagegen sieht *Beever*, *Forgotten Justice* (2013), S. 9 das Charakteristikum der in den USA vorherrschenden Privatrechtsauffassung mehr in der Staatszentriertheit als in der Folgenorientierung. Beides hängt aber eng zusammen, denn Staatszentriertheit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Staat das Privatrecht zur Steuerung einsetzt.

²⁵⁹ Vgl. *Holmes*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 458 (1897): „But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right.“ Siehe auch ebd., S. 459: „If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict [...]“.

²⁶⁰ So kann man etwa untersuchen, ob gesetzlich eingeräumte Rechte anders ausgeübt werden als inhaltsgeleiche vertragliche Rechte; so z. B. *Bechtold*, *Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts* (2010), S. 92–118.

²⁶¹ Damit soll nicht geleugnet werden, dass auch Teile der Politikwissenschaft, der Soziologie und der Ökonomik das Recht so verstehen; siehe dazu ausführlich oben S. 16 ff.

²⁶² So insbesondere die vertragstheoretischen Ansätze zur Geltung des Rechts (und der damit zusammenhängenden Rechtfertigung des Staats); siehe etwa *Hobbes*, *Leviathan* (1651), Ch. 14, S. 87; *Locke*, *Two Treatises of Government* (1690), II.8, § 95, S. 316; *Rousseau*, *Du Contrat Social* (1762), S. 18; *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 307 sowie aus neuerer Zeit insbesondere *Rawls*, *A Theory of Justice* (1971), S. 11 f. Auch bei *Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), S. 118 ist es das rationale Selbstinteresse, welches die „invisible hand“ antreibt, die zur Staatsgründung führt.

den die Existenz des Rechts bzw. des Rechtsstaats für den Einzelnen mit sich bringt, namentlich in dem Schutz vor privater Gewalt, der Eingrenzung staatlicher Gewalt und – für das Privatrecht zentral – der Durchsetzung der von der Rechtsordnung anerkannten Rechtspositionen. Indem der Staat das Gewaltmonopol für sich in Anspruch nimmt, übernimmt er auch die Verantwortung für den Inhalt des Privatrechts.²⁶³ Durch die Gewährung oder Verwehrung staatlicher Zwangsvollstreckung entscheidet der Staat darüber, welche Rechtspositionen anerkannt werden. Damit sind notwendigerweise politische Entscheidungen über den Inhalt des Privatrechts verbunden.²⁶⁴ Die Möglichkeit, andere mithilfe des staatlichen Gewaltmonopols zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen, ist deshalb eine wesentliche Rechtfertigung *staatlichen* Privatrechts.²⁶⁵ Eine funktionierende Privatrechtsordnung ist aber dadurch gekennzeichnet, dass die staatliche Zwangsvollstreckung nur die ultima ratio der Rechtsdurchsetzung darstellt und das Recht ansonsten so ausgestaltet ist, dass es möglichst freiwillig befolgt wird.²⁶⁶ Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass rechtliche Verhaltenssteuerung (deren wichtigster Fall die freiwillige Rechtsbefolgung ist) Kennzeichen eines funktionierenden Privatrechts ist.²⁶⁷ Ein Privatrecht, das keinerlei Anreizwirkung entfaltet, wäre daher rechtsphilosophisch fragwürdig, im Extremfall des Fehlens jeglicher Rechtsbefolgung sogar illegitim.²⁶⁸

Vor diesem Hintergrund sind die tatsächlichen Wirkungen des Privatrechts – gerade auch in Form der *Anreize*, die allein von der Existenz eines potentiell drohenden Zwangsmittels ausgehen – nicht nur ein zulässiger, sondern ein zentraler Gegenstand der Privatrechtswissenschaft. Wichtige Aufgaben einer solchen fol-

²⁶³ Vgl. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 71; Michaels / Jansen, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008), S. 69, 84 f.

²⁶⁴ Siehe nur F. E. Olsen, 18 U. Mich. J. L. Reform 835, 836 (1985).

²⁶⁵ Vgl. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol (1975), S. 56. Ohne staatliches Gewaltmonopol sind auch Zwangsvollstreckungs-, Zivilprozess- und Strafrecht Teil des Privatrechts; vgl. Schröder, in: FS Gernhuber (1993), S. 961, 963–965 (zu den Naturrechtsauffassungen im 18. Jahrhundert).

²⁶⁶ Aus einer prinzipienbasierten Sichtweise trifft dies zu, wenn und weil das Recht einen „gerechten“ Interessenausgleich vornimmt, so dass keine Seite Grund hat, rechtliche Schritte einzuleiten. Aus einer folgenorientierten Sichtweise ist es ein Gebot der Ressourcenschonung, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass sie freiwillig befolgt wird und nur in wenigen Fällen der kostenträchtige staatliche Zwangsvollstreckungsapparat zum Einsatz kommt. Dies gilt unabhängig davon, ob die Kosten letztlich einer Partei zur Last fallen oder von der Allgemeinheit durch Steuern aufgebracht werden, denn in jedem Fall erhöhen sie die Gesamtkosten der entsprechenden Handlung oder Transaktion, ohne einen (gegenüber der freiwilligen Rechtsbefolgung) zusätzlichen Nutzen zu generieren.

²⁶⁷ Mit ähnlichen Überlegungen rechtfertigt Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 18 die Beschäftigung der Verwaltungsrechtswissenschaft mit den „Wirksamkeitsbedingungen“ des Verwaltungsrechts.

²⁶⁸ Zum Erfordernis der Rechtsdurchsetzung für die Legitimität des Rechts siehe auch BVerfGE 84, 239, 271–273. Demnach würde das Fehlen jeder potentiellen Rechtsdurchsetzung aus einer geschuldeten eine letztlich rein freiwillige Leistung machen (vgl. BVerfG, aaO., S. 273) und damit den Rechtscharakter der Verpflichtung in Frage stellen.

genorientierten Privatrechtswissenschaft sind die Ermittlung der Anreizwirkungen des Privatrechts, ihre Systematisierung und ihre normative Bewertung.²⁶⁹

c. Theoretische Unvereinbarkeit von prinzipienbasierten und folgenorientierten Privatrechtstheorien

Regulierung ist bislang kein Gegenstand der deutschen Privatrechtswissenschaft, weil sie auf Grundlage eines rein prinzipienbasierten Verständnisses keine Rolle spielt, die Integration folgenorientierter Elemente aber einen Paradigmenwechsel erfordern würde, der jedenfalls noch nicht endgültig vollzogen ist. Dass beim Übergang von einem prinzipienbasierten zu einem folgenorientierten Privatrechtsverständnis von einem „Paradigmenwechsel“ gesprochen werden kann, liegt daran, dass diese Sichtweisen auf Prämissen basieren, die inkommensurabel sind. Dies soll im Folgenden für die wesentlichen Elemente der Theorien (Grundkategorien, systembildende Elemente, normative Kriterien) gezeigt werden.

aa. Subjektives Recht versus Anreizwirkung

Für das prinzipienbasierte Privatrecht stellt das subjektive Recht die Grundkategorie dar, während das folgenorientierte Privatrecht auf den Anreizen basiert, die von der potentiellen staatlichen Rechtsdurchsetzung ausgehen. Diese Konzepte lassen sich nicht ohne Friktionen im Rahmen der jeweils anderen Theorie rekonstruieren. So kann die prinzipienbasierte Privatrechtstheorie unter Berufung auf die Willentheorie das subjektive Recht allein mit Rekurs auf die Privatautonomie begründen, ohne dass die tatsächlichen Folgen, d. h. die Anreizwirkungen, die von subjektiven Rechten ausgehen, für die Begründung notwendig wären.²⁷⁰ Gleiches gilt aber auch andersherum: Im Rahmen einer folgenorientierten Privatrechtstheorie kann das subjektive Recht nicht widerspruchsfrei begründet werden, wie im Folgenden demonstriert werden soll.

Nach einer prinzipienbasierten Privatrechtstheorie liegt stets dann ein „subjektives Recht“ vor, wenn sich ein solches aus den systembildenden Prinzipien – etwa der Willensfreiheit und dem vertraglichen Konsensprinzip – ableiten lässt. Demgegenüber kann für eine folgenorientierte Theorie das „subjektive Recht“ nur dann eine eigenständige Kategorie des Privatrechts darstellen, wenn damit tatsächliche Anreizwirkungen verbunden sind. In dieser Unterscheidung von folgenorientierter und prinzipienbasierter Privatrechtstheorie zeigt sich die alte Kontroverse zwischen Willentheorie und Interessentheorie des subjektiven Rechts in neuem Gewande.

Aus Sicht einer folgenorientierten Privatrechtstheorie ist die reine Willensmacht nur dann ein hinreichender Grund, um von einem subjektiven Recht zu sprechen, wenn daraus notwendig Anreize für den Rechteinhaber oder Dritte folgen. Dies wäre dann der Fall, wenn bei einem subjektiven Recht die An-

²⁶⁹ Dazu ausführlich unter S. 403 ff. und S. 419 ff.

²⁷⁰ Zur Willentheorie des subjektiven Rechts siehe oben S. 331.

reizwirkungen, welche sich auf die potentielle staatliche Rechtsdurchsetzung zurückführen lassen, ausschließlich von der Willensentscheidung des Rechteinhabers abhängen, so dass die Rechtsordnung selbst im Falle eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses den Willen des Rechteinhabers mit Zwangsmitteln zur Geltung bringen würde (so die von *H.L.A. Hart* vertretene moderne Version der Willentheorie).²⁷¹ Die Durchsetzung (und damit die Anreizwirkungen) von subjektiven Rechten richten sich in allen tatsächlich existierenden Rechtsordnungen aber nicht maßgeblich nach dem tatsächlichen Willen des Rechteinhabers, sondern danach, inwieweit die Rechtsordnung die entsprechende Willensausübung akzeptiert und wo sie ihr Schranken setzt. Bei gesetzlichen Ansprüchen bestimmt sich der Inhalt des Rechts allein nach der objektiven Rechtsordnung, so dass sich die Willensmacht ohnehin nur auf die Entscheidung über die Geltendmachung beziehen kann. Aber auch vertraglich begründete subjektive Rechte sind nur in dem Rahmen durchsetzbar und entfalten daher entsprechende Anreizwirkungen, wie sie durch die staatliche Gerichtsbarkeit im Rahmen der gesetzlichen Ordnung (etwa einer Inhaltskontrolle) anerkannt werden. Selbst wenn viele subjektive Rechte eine vertragliche Begründung und eine explizite Geltendmachung durch den Inhaber erfordern, sind beides keine notwendigen Voraussetzungen des subjektiven Rechts. Wie *Neil MacCormick* gezeigt hat, liegen gerade bei derjenigen Klasse von subjektiven Rechten, welche allgemein als besonders wichtig angesehen wird (persönliche Freiheit, Leben, körperliche Integrität etc.), beide Elemente nicht vor, denn solche Rechte sind insgesamt oder in ihrem Kern „unveräußerlich“, d. h. sie werden von der Rechtsordnung *aus Gründen des öffentlichen Interesses* anerkannt und durchgesetzt, selbst wenn der Rechteinhaber explizit den Willen (geäußert) hat, auf sein Recht zu verzichten.²⁷²

Aus Sicht einer folgenorientierten Privatrechtstheorie ist allein entscheidend, welche Pflichten der staatliche Zwangsapparat ggf. durchsetzen würde, so dass ein entsprechender Anreiz besteht, sich bereits freiwillig pflichtkonform zu verhalten. Die Unterscheidung zwischen objektivem Recht und subjektiven Rechten kann in manchen Fällen danach getroffen werden, dass die Geltendmachung Tatbestandsvoraussetzung für das Eingreifen der staatlichen Zwangsvollstreckung und damit Teil der Anreizstruktur ist.²⁷³ Dies ist aber, wie gerade gesehen, kein

²⁷¹ *Hart*, in: ders. (Hrsg.), *Essays on Bentham* (1982), S. 162, 181–188. Siehe insbesondere S. 183: „The idea is that of one individual being given by the law exclusive control, more or less extensive, over another person's duty so that in the area of conduct covered by that duty the individual who has the right is a small-scale sovereign to whom the duty is owed.“ Zur Existenz subjektiver Rechte trotz anders lautender öffentlicher Interessen siehe auch *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (1978), S. 184–205.

²⁷² *MacCormick*, in: FS *H.L.A. Hart* (1977), S. 189, 196 f.

²⁷³ Teil der Anreizstruktur kann diese Dispositionsbefugnis dadurch werden, dass es dem Verpflichteten möglich ist, dem Rechteinhaber die Pflicht zum normgemäßen Verhalten abzukaufen. Dementsprechend geht von einer solchen Regelung der Anreiz aus, sich entweder normkonform zu verhalten oder den vom Rechteinhaber geforderten Preis zu bezahlen. Dem-

hinreichendes Kriterium zur Definition des subjektiven Rechts. Soll im Rahmen einer folgenorientierten Privatrechtstheorie die Kategorie des subjektiven Rechts begründet werden, muss dies deshalb anhand anderer Kriterien geschehen. Ein solches Kriterium könnte der Inhalt der Rechtspflicht sein. Demnach wären subjektive Rechte die Kehrseite derjenigen Rechtspflichten, die ausschließlich dem Nutzen (dem Interesse) eines Einzelnen dienen.²⁷⁴ Mit dieser Definition ließe sich tatsächlich ein schlüssiges Konzept des subjektiven Rechts im Rahmen einer folgenorientierten Privatrechtstheorie begründen. Allerdings würde eine Vielzahl von Rechten, die im Rahmen der prinzipienbasierten Privatrechtstheorien als subjektive Rechte gelten, aus dieser Definition herausfallen, nämlich all die Fälle, in denen an der Befolgung einer Rechtspflicht sowohl ein privates als auch ein öffentliches Interesse besteht. Dies betrifft etwa den Großteil der Verhaltenspflichten von Unternehmen im Wirtschaftsverkehr, welche sowohl dem Interesse des konkreten Geschäftspartners als auch dem öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Wirtschaft dienen.²⁷⁵ Die prinzipienbasierten Theorien fassen manche dieser Fälle als subjektives Recht auf, nämlich die Konstellationen, in denen der Einzelne selbst sein Recht gerichtlich geltend machen kann, während in anderen Konstellationen die ihm günstige Rechtspflicht nur durch den Staat geltend gemacht werden kann, so dass sie sich aus Sicht des Einzelnen als reine „Reflexwirkung“ aus dem objektiven Recht darstellt.²⁷⁶ Für die prinzipienbasierten Theorien folgt diese Unterscheidung aus einer Entscheidung des Gesetzgebers bzw. aus der Systematik des Rechts, also aus Umständen, die im Rahmen einer folgenorientierten Betrachtung nicht systematisch rekonstruierbar sind. Allein aus dem Interesse des Betroffenen lässt sich kein Kriterium gewinnen, um zu begründen, wann eine entsprechende Klagebefugnis bestehen sollte, denn das private Interesse ändert sich nicht dadurch, dass ein gleichlaufendes öffentliches Interesse hinzutritt.

Für eine folgenorientierte Privatrechtstheorie bieten daher weder die Möglichkeit der Geltendmachung noch der Inhalt von Rechtspflichten hinreichende Kriterien, um subjektive Rechte zu begründen. Für folgenorientierte Theorien ist das Konzept des subjektiven Rechts kein notwendiger Bestandteil des Privatrechts,

gegenüber geht von einer Norm des objektiven Rechts bzw. einem unveräußerlichen Recht lediglich der Anreiz zu normkonformem Verhalten aus.

²⁷⁴ In diese Richtung geht die moderne Version der Interessentheorie; siehe insbesondere *Raz*, *Mind* 93 (1984), 194, 195; *ders.*, *The Morality of Freedom* (1986), S. 166. Siehe auch *Penner*, *Ratio Juris* 10 (1997), 300, 312.

²⁷⁵ Grundlegend zum Dualismus von Individual- und Funktionenschutz im Wirtschaftsrecht *Hopt*, *Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken* (1975), S. 51 f., 336 f.

²⁷⁶ Dieses Problem ist bereits Gegenstand der Abhandlung *Jhering*, *Jher. Jb.* 10 (1871), 245 ff.; dazu *Wagner*, *AcP* 193 (1993), 319, 331–338. Nach *Jhering* ist das entscheidende Kriterium zur Abgrenzung von subjektiven Rechten von reinen Reflexwirkungen im Privatrecht die Klagebefugnis und im Öffentlichen Recht die Möglichkeit, eine individuelle Rechtsverletzung festzustellen; siehe oben S. 344.

subjektive Rechte sind, anders gewendet, nicht erforderlich, um das Privatrecht aus einer folgenorientierten Sicht zu erklären.²⁷⁷

bb. Allgemeine Rechtsgrundsätze versus Wirkungshypothesen

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen prinzipienbasierten und folgenorientierten Privatrechtstheorien besteht in den Elementen ihrer Systembildung. Prinzipienbasierte Theorien konstituieren sich aus Rechtsprinzipien oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen, d.h. aus generellen, normativen Aussagen, welche entweder deduktiv aus übergeordneten Grundsätzen (etwa der Gerechtigkeit) oder induktiv aus einzelnen Normen des Rechtssystems gewonnen werden.²⁷⁸ Solche Prinzipien werden im Rahmen der prinzipienbasierten Privatrechtssysteme als Teil des Rechts verstanden, sie sind *extra legem*, *intra ius*.²⁷⁹

Demgegenüber beruht eine folgenorientierte Privatrechtstheorie auf Wirkungshypothesen. Wenn das entscheidende Charakteristikum des Privatrechts in den tatsächlichen Folgen für das Verhalten von Menschen gesehen wird, muss die Privatrechtstheorie den Zusammenhang zwischen einer bestimmten Rechtsnorm und einem bestimmten menschlichen Verhalten erklären. Dazu ist zunächst einmal eine generelle Theorie, im Sinne eines Allgemeinen Teils, darüber erforderlich, wie Menschen auf Normbefehle reagieren. Eine solche generelle Theorie kann man – wie dies in der ökonomischen Theorie des Rechts herkömmlich getan wird – von einer einheitlichen Grundannahme wie dem Modellbild des rationalen, eigennutzenmaximierenden Menschen²⁸⁰ ableiten. Daneben ist es aber auch möglich, eine solche allgemeine Theorie auf einzelne Erkenntnisse zur Normwirkung aufzubauen, die sich nicht auf eine einheitliche Grundhypothese zurückführen lassen. Insbesondere die Sozialpsychologie enthält vielfältige Er-

²⁷⁷ Vgl. *Mestmäcker*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*² (1984), S. 158, 167 (zu *Bentham*s Rechtstheorie). Zu weitgehend, weil die folgenorientierte Sichtweise verabsolutierend, dagegen *Posner*, *The Problems of Jurisprudence* (1990), S. 331 f.: „A parallel point is that ‚rights‘ is a primitive rather than a sophisticated concept. I am thinking now [...] of the usage [...] in moral and political philosophy, in which a right is an important interest presumptively protected against interference by others. The sense that we all have of having certain rights it would be wrong to deprive us of is a primitive feature of our psychological make up [...]. Survival in a competitive environment requires some minimum sense of the essential things that are one's own to keep or dispose of as one will, and of a readiness to fight for this control—this readiness is the sense of entitlement. [...] [N]aturalistic rights theory is a healthy antidote to the inflated rhetoric of rights that is so marked a characteristic of contemporary jurisprudential discourse.“ (Hervorhebung im Original).

²⁷⁸ Zu den Schwierigkeiten einer solchen Systembildung siehe nur *Bydlinski*, *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996), S. 13–17.

²⁷⁹ *Metzger*, *Extra legem, intra ius* (2009), S. 25–32; a. A. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV (1977), S. 216: „[Allgemeine Rechtsgrundsätze] dienen der Setzung von Recht, sind aber noch nicht Recht.“

²⁸⁰ Siehe dazu z. B. *Becker*, 101 J. Pol. Econ. 385 (1993); *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 3 f.; *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵ (2012), S. 95–103; monographisch *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus* (2008). Siehe auch *Lüdemann*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten* (2007), S. 7 ff.

kenntnisse zur Wirkungsweise von durch Normen gesetzten positiven und negativen Anreizen.²⁸¹ Aufgabe eines solchen Allgemeinen Teils ist es, allgemeine Erfolgsfaktoren der Steuerung durch (Privat-)Recht zu identifizieren und die durch das Privatrecht erzeugten Anreize mit denen durch andere Rechtsgebiete erzeugten zu vergleichen. Ebenso wichtig wie eine solche allgemeine Theorie sind aber Hypothesen zur Wirkung von Rechtsnormen in speziellen Kontexten. Um zu derartigen Hypothesen gelangen zu können, muss zunächst die tatsächliche Funktionsweise eines bestimmten Lebensbereichs, der Gegenstand eines privatrechtlichen Teilgebiets ist, analysiert und verstanden werden. So hat beispielsweise die Ökonomik die Wirkungsweise von Märkten, d. h. die Voraussetzungen für einen funktionierenden marktlichen Wettbewerb, im Detail untersucht. Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts versuchen, diese Erkenntnisse – basierend auf dem Modell des rationalen, eigennutzenmaximierenden Menschen – auch für andere Lebensbereiche fruchtbar zu machen, bis hin zu Familie und Sexualität.²⁸² Alternative Ansätze zum Verständnis dieser Lebensbereiche bietet etwa die Familiensoziologie.²⁸³ Auf Grundlage eines generellen Verständnisses des zu regelnden Lebensbereichs können dann Aussagen zu den (voraussichtlichen oder tatsächlichen) Wirkungen von Rechtsnormen auf diesem besonderen Gebiet getroffen werden.

Es versteht sich von selbst, dass die skizzierten Elemente eines prinzipienbasierten und eines folgenorientierten Privatrechtssystems inkommensurabel sind, sie bewegen sich auf vollständig unterschiedlichen Ebenen. Dies zeigt sich bereits daran, dass die Elemente einer folgenorientierten Privatrechtstheorie in hohem Maße auf empirischen Erkenntnissen beruhen bzw. einer empirischen Falsifikation zugänglich sind, während prinzipienbasierte Privatrechtstheorien ausschließlich aus normativen Elementen bestehen.

cc. Gerechtigkeit versus Effizienz

Am stärksten zeigt sich die Differenz der hier gegenübergestellten privatrechtstheoretischen Ansätze bei der normativen Evaluation des Rechts. Der Gegensatz lässt sich, leicht überspitzt, mit dem Schlagwort „Gerechtigkeit versus Effizienz“ auf den Punkt bringen.

Prinzipienbasierte Privatrechtstheorien bewerten das Recht regelmäßig anhand von Gerechtigkeitskriterien. Dabei hat sich als Ausgangspunkt die Annahme durchgesetzt, dass die iustitia commutativa die dem Privatrecht angemessene Gerechtigkeitsform sei,²⁸⁴ auch wenn es zur Konkretisierung der von *Cana-*

²⁸¹ Siehe dazu z. B. die Einführung von *Stroebe*, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), *Sozialpsychologie*⁶ (2014), S. 231, 258–268; vertiefend *ders.*, in: FS Opp (2008), S. 101 ff.

²⁸² So etwa *Becker*, *A Treatise on the Family*² (1993); *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 159–189.

²⁸³ Einführend *Hill/Kopp*, *Familiensoziologie*⁵ (2013), S. 51–94.

²⁸⁴ So bereits *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*³ (1932), S. 123; siehe auch *Bydlinski*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967), S. 151–155;

ris so genannten „ergänzenden materialen Kriterien“ bedarf.²⁸⁵ Nicht nur durch diese Öffnung für weitere Wertungen, sondern insbesondere durch den Bezug der ausgleichenden Gerechtigkeit auf die Personen eines konkreten Rechtsverhältnisses und dessen Relativität, können sich sowohl Anhänger eines naturrechtlichen Gerechtigkeitsverständnisses als auch Verfechter eines gesetzesnahen Gerechtigkeitskonzepts auf diesen Maßstab einigen. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang, dass die Bewertung eines Vorgangs aus Sicht der *iustitia commutativa* eine Abstraktion beinhaltet: Es wird lediglich das Verhältnis zwischen wenigen (meist zwei) Personen in den Blick genommen und gefragt, ob in diesem Verhältnis Symmetrie (von Leistung und Gegenleistung oder von Unrecht und Ausgleich/Vergeltung) herrscht.²⁸⁶ Damit bezieht sich das Gerechtigkeitsurteil allein auf das Verhältnis der beteiligten Personen und die Frage, ob angesichts der Ausgangslage der erreichte Zustand angemessen (d. h. symmetrisch) ist. Zur Beantwortung dieser Frage kommt es nicht auf den Nutzen oder die Folgewirkungen der rechtlichen Lösung,²⁸⁷ sondern allein auf ihre Symmetrie an.

Demgegenüber behandelt die normative Komponente einer folgenorientierten Privatrechtstheorie die tatsächlichen Folgen der Rechtsanwendung. Sie benötigt daher ein Kriterium, um zu entscheiden, welche von mehreren Rechtsregeln mit alternativen Folgen vorzugswürdig ist. Ein nahe liegendes Kriterium ist die Eignung der Regel, das (durch den Gesetzgeber oder auch durch ein Gericht) angestrebte Ziel zu erreichen, d. h. seine Effektivität. Die reine Effektivitätsbetrachtung blendet allerdings aus, welcher Aufwand betrieben werden muss, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Betrachtet man die Effektivität im Verhältnis zum erforderlichen Aufwand, so kann man eine Kosten-Nutzen-Analyse vornehmen.²⁸⁸ Anspruchsvolle normative Konzepte beschränken sich aber nicht auf derartige relative Maßstäbe, sondern nehmen zusätzlich eine Bewertung des angestrebten Ziels vor. Folgt man einem solchen Ansatz, können Regeln auch im Hinblick auf die damit verfolgten Ziele verglichen werden. Die normative Variante der ökonomischen Analyse des Rechts ist so ein – keineswegs der einzig mögliche²⁸⁹ – Ansatz, der die Auswirkungen rechtlicher Regeln anhand ih-

Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 45–51; *Hueck*, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht (1958), S. 11–13; *Larenz*, Richtiges Recht (1979), S. 78 f.; *Steffek*, Skizzen einer Gerechtigkeitstheorie für das Privatrecht (2014), S. 28–33; aus öffentlich-rechtlicher Sicht auch *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 266. Siehe auch *Beever*, Forgotten Justice (2013), S. 308 f. und passim; *Weinrib*, The Idea of Private Law (1995), S. 72–83. Anders z. B. *Arnold*, Vertrag und Verteilung (2014), S. 135–190; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 68–70; *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie² (1977), S. 405 f.

²⁸⁵ *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 51–55.

²⁸⁶ Grundlegend *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V.7, 1132 a 3–28.

²⁸⁷ Vgl. auch *Wright*, 77 Iowa L. Rev. 625, 702 (1992).

²⁸⁸ Zur grundsätzlichen Zweckneutralität von Kosten-Nutzen-Analysen siehe *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law (2007), S. 13.

²⁸⁹ Dazu ausführlich unten S. 431 ff.

rer „Effizienz“ bemisst.²⁹⁰ Die dabei vorrangig verwendeten Effizienzkriterien (teils ist auch von „sozialer Wohlfahrt“ die Rede²⁹¹) – das *Pareto*-Kriterium und das *Kaldor-Hicks*-Kriterium²⁹² – gehen letztlich auf den Utilitarismus zurück.²⁹³ Bei erheblichen Unterschieden im Detail sprechen sie sich für solche Regeln aus, die im Einzelfall den Nutzen der größtmöglichen Anzahl von Menschen maximieren.²⁹⁴ Sofern man nicht einem strikten *Pareto*-Kriterium folgt, kann damit verbunden sein, dass Einzelne zugunsten der Allgemeinheit Einbußen hinnehmen müssen, welche nicht ausgeglichen werden.²⁹⁵

Die Unvereinbarkeit der Wertungskriterien liegt darin begründet, dass das Gerechtigkeitskriterium der prinzipienbasierten Privatrechtstheorien deontologisch ist, während das Effizienzkriterium ein teleologisches Prinzip darstellt, d. h. im ersten Fall kommt es für die Bewertung nicht auf die empirisch zu beobachtenden Folgen an, während diese im zweiten Fall Grundlage des Urteils sind.²⁹⁶ Erheben die Vertreter eines dieser konfligierenden Prinzipien einen Ausschließlichkeitsanspruch, müssen sie notwendigerweise die Berechtigung der alternativen Sichtweise leugnen. In diesem Sinne muss eine deontologischen Gerechtigkeitstheorie solche Vorschriften ablehnen, die zwar dem Großteil der Bevölkerung einen erheblichen Nutzen bringen, dazu aber unbeteiligte Dritte instrumentalisieren.²⁹⁷ Das Kernargument der Ablehnung besteht darin, dass für eine rein folgenorientierte Bewertung, die eine solche Vorschrift zu rechtfertigen vermag, weder die Kategorie der Einzelperson noch ihre Individualrechte, son-

²⁹⁰ Cooter/Ulen, *Law & Economics*⁶ (2012), S. 13 f.; Posner, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 14–17; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵ (2012), S. 14–18; Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 595–598.

²⁹¹ Etwa Kaplow/Shavell, 114 Harv. L. Rev. 961, 977–999 (2001).

²⁹² Siehe zu diesen bereits oben S. 34 mit Fn. 134.

²⁹³ Zum Verhältnis von Effizienz und Utilitarismus siehe Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵ (2012), S. 25–28.

²⁹⁴ So insbesondere der klassische Utilitarismus; siehe Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1823), Bd. I, S. 1–12; Mill, *Utilitarianism* (1863), S. 9 f.; Sidgwick, *The Methods of Ethics* (1874), S. 239 f. Dies ist allerdings keineswegs die allein mögliche utilitaristische Sichtweise; siehe unten S. 431 f.

²⁹⁵ Für einen Vergleich von Effizienz und verschiedenen Gerechtigkeitsformen siehe Mathis, *Effizienz statt Gerechtigkeit?*³ (2009), S. 220–228.

²⁹⁶ Siehe zu diesem Unterschied bereits oben S. 367, Fn. 241.

²⁹⁷ Paradigmatisch für diese Sichtweise steht die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Luftsicherheitsgesetzes; vgl. BVerfGE 115, 118, 153: „Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden, schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen. Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt, indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt.“ (interne Zitate weggelassen).

dern allein die soziale Wohlfahrt aller eine Rolle spielt.²⁹⁸ Andersherum lehnen die Verfechter einer radikalen Wohlfahrtsökonomik jegliche deontologische Gerechtigkeitstheorie mit dem Argument ab, solche Theorien führten dazu, dass als Ergebnis der Rechtsanwendung jedermann schlechter gestellt werde. Die Begründung dafür lautet, dass eine Regel, die allein aufgrund eines abstrakten Prinzips befolgt wird, aber niemandem einen konkreten Nutzen bringt, letztendlich allen schadet, wenn stattdessen eine alternative Regel zur Verfügung steht, die den Nutzen mindestens einer Person maximiert.²⁹⁹ Damit erscheinen Effizienz und Gerechtigkeit als unvereinbare Leitlinien zur Bewertung des Privatrechts. Welches Kriterium vorzugswürdig ist, lässt sich allerdings nicht begründen, indem man lediglich zeigt, dass die Gegenposition mit den Annahmen der eigenen Theorie unvereinbar ist, denn das gilt andersherum in gleicher Weise; erforderlich ist vielmehr ein *tertium comparationis*, das eine Entscheidung zwischen den Alternativen ermöglicht.³⁰⁰

d. Zum Erfordernis eines umfassenden Privatrechtsbegriffs

Die theoretische Inkommensurabilität der prinzipienbasierten und der folgenorientierten Sichtweise des Privatrechts bedeutet aber nicht, dass Regulierung nur dann einen Platz in der Privatrechtswissenschaft finden kann, wenn man den Paradigmenwechsel vollständig vollzieht und statt eines prinzipienbasierten ein folgenorientiertes Privatrechtsverständnis zugrunde legt. Vielmehr können sich in der praktischen rechtswissenschaftlichen Arbeit beide Ansätze gegenseitig befruchten und ergänzen. Im Folgenden soll begründet werden, dass allein ein solches übergreifendes Privatrechtsverständnis, welches Elemente beider Perspektiven vereinigt, angemessen ist, um den Gegenstand der Wissenschaftsdisziplin Privatrechtswissenschaft zu bestimmen.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass beide Sichtweisen für sich alleine jeweils nicht in der Lage sind, das Privatrecht adäquat zu erfassen.

aa. Grenzen einer rein prinzipienbasierten Privatrechtstheorie

Eine rein prinzipienbasierte Theorie des Privatrechts droht, ihren Gegenstand zu verfehlen, wenn sie die soziale Dimension des Rechts ausblendet. Für eine solche Theorie ist es gleichgültig, ob sich der Privatrechtswissenschaftler mit dem klassischen römischen Privatrecht oder mit dem aktuell geltenden Recht beschäftigt, denn beides lässt sich nach denselben Gesichtspunkten auslegen, systematisieren

²⁹⁸ Mestmäcker, in: ders. (Hrsg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*² (1984), S. 158, 166; Rawls, *A Theory of Justice* (1971), S. 27, 187. Siehe auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 207–213.

²⁹⁹ Kaplow/Shavell, 114 Harv. L. Rev. 961, 1011–1038 (2001). Der Grund, weshalb alle ein Interesse an der Nutzenmaximierung haben, besteht laut Kaplow/Shavell darin, dass auch diejenigen, die zunächst selbst nichts gewinnen, in einem zweiten Schritt durch Umverteilung profitieren können. Ausführliche Kritik daran unten S. 511 ff.

³⁰⁰ So zu Recht Coleman, 112 Yale L. J. 1511, 1521 f. (2003).

und für die Anwendung auf hypothetische Einzelfälle konkretisieren. Ob und in welcher Weise das Privatrecht tatsächlich angewendet und von der Praxis akzeptiert wird, kann eine solche prinzipienbasierte Sichtweise weitgehend ausblenden. Auch der Bezug auf aktuelle Rechtsprechung oder Gesetzgebung ändert daran noch nichts, sofern diese lediglich als neu entdeckte Rechtsquellen behandelt und als solche in das System integriert werden. Rechtswissenschaft wird damit zu einer reinen Geisteswissenschaft. Auch wenn eine solche geisteswissenschaftliche Privatrechtswissenschaft durchaus ihre Berechtigung hat – so können etwa bestimmte Teilfächer wie Rechtslehre, Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie ohne weiteres ohne Anwendungsbezug betrieben werden –, kann sich die wissenschaftliche Analyse des Privatrechts nicht darin erschöpfen. Denn die Rechtswissenschaft ist zuvörderst keine theoretische, sondern eine praktische Wissenschaft im Sinne der aristotelischen Einteilung,³⁰¹ d.h. sie ist auf konkrete Handlungen und Entscheidungen ausgerichtet.³⁰²

Eine rein prinzipienbasierte Privatrechtswissenschaft kann es sich allerdings auch zur Aufgabe machen, Ergebnisse zu generieren, die der Praxis Anleitung bei der Entscheidung konkreter Rechtsstreitigkeiten bieten. Die entscheidende Frage ist aber, welcher Maßstab den Wissenschaftler bei der Erarbeitung derartiger Entscheidungsvorbereitung leitet. Orientiert sich die Wissenschaft dabei ausschließlich an einem Privatrechtsverständnis, das mit Blick auf abstrakte Prinzipien gerechtfertigt und entwickelt wird, handelt es sich um die höchste Abstraktionsstufe; insoweit kann man von „wissenschaftlichem Recht“ sprechen. Dieser aus dem 19. Jahrhundert stammende Ausdruck besagte ursprünglich, dass der Wissenschaft anstelle des Gesetzes oder der Rechtsprechung die Letztautorität zur Bestimmung des Privatrechts zukommt.³⁰³ Privatrechtswissenschaft ist dann – wie die Pandektenwissenschaft vor der Kodifizierung des BGB – nicht nur Analyse, Systematik und Entscheidungsvorbereitung, sondern vor allem eines: Rechtsquelle. Ein solches Verständnis von Privatrechtswissenschaft kann in einer demokratischen Gesellschaft nicht mehr legitimiert werden.³⁰⁴

Spätestens mit der Kodifizierung ist das Privatrecht Teil des staatlich-politischen Machtapparats geworden. Wenn der Staat Privatrecht erlässt und durchsetzt, verfolgt er damit bestimmte politische Ziele. Diese Ziele – und nicht eine abstrakte Systematik – begründen die demokratische Legitimation der einzelnen Privatrechtsnormen. In einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat kann der Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Setzung einer konkreten Norm bestimmte Ziele verfolgt, beim Umgang mit dem geltenden Privatrecht nicht außer

³⁰¹ Vgl. *Aristoteles*, *Metaphysik*, VI.1, 1025 b 25–28.

³⁰² Vgl. *Coing*, JZ 1951, 481, 484; *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 229.

³⁰³ *Kiesow*, JZ 2010, 585, 586.

³⁰⁴ Ähnlich *Jestaedt*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), S. 117, 137: „Der expertokratische Traum eines Philosophenkönigtums in Gestalt eines Wissenschaftlerrichtertums ist [...] unter freiheitlich-demokratischem Vorzeichen ein Albtraum.“

Acht gelassen werden. Selbstverständlich genießt die Privatrechtswissenschaft Wissenschaftsfreiheit.³⁰⁵ Sofern Privatrechtswissenschaft aber zugleich anstrebt, Richtern praktische Handreichungen für die Entscheidung von Einzelfällen anhand des geltenden Rechts zu geben, entspricht es der wissenschaftlichen Redlichkeit, dass sie ihren Gegenstand den gleichen Restriktionen unterwirft, die auch der Richter bei der Rechtsanwendung zu beachten hat.³⁰⁶ Können bestimmte Ergebnisse unter diesen Restriktionen wissenschaftlich nicht begründet werden, dürfen sie nicht als Teil des geltenden Privatrechts ausgegeben und der Praxis zur Entscheidungsfindung empfohlen werden. Eine wesentliche Vorgabe an den Richter in einem demokratischen Rechtsstaat ist aber der in der Gewaltenteilung gründende Vorrang der gesetzgeberischen Zielsetzung vor den persönlichen Wertvorstellungen des Richters oder vor sonstigen, vom Gesetzgeber nicht verfolgten Vorgaben.³⁰⁷ Es ist deshalb eine immanente Aufgabe desjenigen Zweigs der Privatrechtswissenschaft, der sich die Vorbereitung gerichtlicher Entscheidungen durch Auslegung und Systematisierung des geltenden Rechts zum Ziel setzt, dieses Privatrecht unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Ziele aufzubereiten. Derartige Ziele lassen sich aber in einem rein prinzipienbasierten Privatrechtssystem kaum, jedenfalls aber nicht adäquat systematisch erfassen.³⁰⁸

bb. Grenzen einer rein folgenorientierten Privatrechtstheorie

Folgenorientierte Privatrechtstheorien laufen demgegenüber Gefahr, die normative Dimension des Rechts zu vernachlässigen. Eine Theorie, die Rechtsnormen lediglich als Vorhersagen menschlichen Verhaltens (vermittelt durch Vorhersagen über gerichtlich verhängte Sanktionen im Falle abweichenden Verhaltens) versteht, tut sich schwer, den Unterschied zwischen solchen „rechtlichen“ Anreizen und den von anderen, etwa sozialen oder religiösen Normen ausgehenden Verhaltensimpulsen zu erklären. Eine solche rein folgenorientierte Rechtstheorie kann die von *Augustinus* aufgeworfene Frage nach dem Unterschied zwischen dem Staat und einer Räuberbande³⁰⁹ nicht systemimmanent beantworten.³¹⁰ Zwar ist es theoretisch möglich, unterschiedliche Formen der Normativität – Gebote des Verfassungsrechts, einfaches Gesetzesrecht, Gerichtsentscheidungen in gleichgelagerten Fällen, rechtsgutachterliche Stellungnahmen – dadurch in eine fol-

³⁰⁵ Siehe nur *Hassemer*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), S. 3, 12.

³⁰⁶ Vgl. *Karsten Schmidt*, AcP 209 (2009), 181, 189; tendenziell anders *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 293 („formal keine[] Bindung“). Ausführlich zur Verfassungsbindung juristischer Methodik unten S. 394 ff.

³⁰⁷ Vgl. *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 235.

³⁰⁸ Ähnlich *Pawlowski*, in: FS Wildenmann (1986), S. 172, 181 f. (zur Wertungsjurisprudenz).

³⁰⁹ Vgl. *Augustinus*, *De civitate Dei*, IV.4.

³¹⁰ Für einen ökonomischen Vergleich der Gewährleistung öffentlicher Sicherheit durch Selbstorganisation und durch auf Gewinn ausgerichtete „Entrepreneure“ siehe *Konrad/Skaperdas*, 50 *Econ Theory* 417 (2012).

genorientierte Privatrechtstheorie zu übersetzen, dass ihnen unterschiedliche Handlungskalküle, also verschieden intensive Anreize, zugeordnet werden. Damit lässt sich aber keine sichere Äquivalenz der Kategorien prinzipienbasierter und folgenorientierter Ansätze begründen, denn die Stärke eines Handlungsanreizes hängt auch von rein faktischen Umständen, etwa der Entdeckungswahrscheinlichkeit, ab. Deshalb kann auch von einer normativ gegen jeden Zweifel erhabenen Rechtsnorm nur ein geringer Handlungsanreiz ausgehen, wenn der Betreffende damit rechnet, dass sein Rechtsverstoß mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht entdeckt werden wird.

Selbst wenn man im Rahmen einer folgenorientierten Privatrechtstheorie die normative Dimension des Rechts anerkennt, kann diese Dimension systemintern nur mit Schwierigkeiten angewendet werden. So lässt sich etwa nur schwer ein folgenbezogenes Kriterium dafür finden, wann das geschriebene Recht – etwa durch eine Analogie oder eine teleologische Reduktion – fortzubilden ist. Selbstverständlich lassen sich auch im Kontext einer folgenorientierten Perspektive auf das Privatrecht Lücken im Recht identifizieren. Solche bestehen immer dann, wenn das Recht nur in einer bestimmten Konstellation einen Handlungsanreiz setzt, nicht aber in einer faktisch ganz ähnlichen. Dabei kann sich der Unterschied nicht nur daraus ergeben, dass Rechtsnormen unterschiedliche Regelungen für beide Fälle enthalten, sondern auch aus faktischen Unterschieden zwischen den beiden Konstellationen. So kann der gemäß § 823 Abs. 1 BGB drohende Schadensersatz zwar sowohl einen potentiellen Angreifer auf der Straße von einer Körperverletzung abhalten als auch einen Arzt von einem durch die Einwilligung des Patienten nicht gedeckten Kunstfehler. Sofern in beiden Situationen die Beweislast für sämtliche Tatbestandsmerkmale beim Verletzten liegt, sind aber die Aussichten, die Voraussetzungen des Anspruchs beweisen zu können, im Fall des ärztlichen Kunstfehlers weitaus geringer, weshalb auch die abschreckende Wirkung auf den dies antizipierenden Arzt schwächer ausfällt. Besteht eine solche „Regelungslücke“ durch unterschiedliche Anreize, fällt es der folgenorientierten Privatrechtstheorie aber schwer, Gründe und Kriterien für die Ausfüllung zu finden. Allein aus dem Umstand, dass das Privatrecht in zwei ähnlich gelagerten Fällen unterschiedliche Anreize setzt, lässt sich die Rechtsfortbildung nicht begründen. Eine Zweck-Mittel-Analyse, derzufolge eine gleichlautende Rechtspflicht ähnliche Anreize generieren *würde*, begründet noch keine normative Grundlage dafür, auch eine entsprechende *Pflicht* anzunehmen.³¹¹

Vertreter einer normativen folgenorientierten Privatrechtstheorie können anhand ihres normativen Kriteriums – etwa der Effizienz oder einer bestimmten Konzeption der iustitia distributiva – untersuchen, ob der Anreiz in beiden oder in keinem Fall bestehen sollte oder ob es zur Verwirklichung ihres normativen Kriteriums richtig ist, die beiden Fälle trotz ihrer vermeintlichen Ähnlichkeit unterschiedlich zu behandeln. Konsequenzen für die Rechtsanwendung folgen

³¹¹ Vgl. Mestmäcker, A Legal Theory without Law (2007), S. 46 f.

daraus aber nur dann, wenn dem normativen Kriterium, das die Analogie oder teleologische Reduktion begründen soll, auch eine *rechtliche* Geltung zuerkannt werden kann. Allein aufgrund einer folgenorientierten Sichtweise des Privatrechts lassen sich aber keine Gründe für die Geltung des Rechts³¹² und dementsprechend für die rechtliche Relevanz eines bestimmten, den Inhalt des Rechts bestimmenden normativen Kriteriums finden. Die Geltung des Kriteriums kann daher nur damit begründet werden, dass man es als Intention des Gesetzgebers bei der Regelung des entsprechenden Lebensbereichs ausweisen kann oder dass man auf grundsätzlicher Ebene zeigt, dass der Gesetzgeber das Privatrecht generell in den Dienst des entsprechenden Kriteriums stellen wollte.

Schließlich fehlt der folgenorientierten Sichtweise des Privatrechts ein normatives Mittel, um die Grenzen der zulässigen Rechtsanwendung einer zu einem bestimmten Zeitpunkt existierenden Norm zu bestimmen. Eine folgenorientierte Privatrechtstheorie kann neben dem Wortlaut insbesondere die Regelungsintention des Gesetzgebers heranziehen, um den möglichen Inhalt einer Norm zu ermitteln.³¹³ Kommt man dabei zu dem Ergebnis, dass die Norm ein übergreifendes Ziel wie etwa ökonomische Effizienz verfolgt, eröffnen sich Möglichkeiten, die Norm in Verfolgung eines solchen Ziels nahezu unbegrenzt auszulegen und damit die Grenze zwischen Auslegung der *lex lata* und Fortentwicklung des Rechts *de lege ferenda* aufzuheben. Allenfalls ließe sich die Auslegung durch die Überlegung begrenzen, dass der Norm kein weitergehender Sinn beigelegt werden darf, als er von verständigen Adressaten aus einer *ex ante* Sichtweise antizipiert werden konnte, weil andernfalls das Steuerungspotential der Norm konterkariert werden würde. Da die Erwartungen der Normadressaten aber auch durch die Praxis der Rechtsanwendung geprägt werden, kann sich diese Grenzlinie durch eine großzügige Rechtsanwendung im Interesse des verfolgten Steuerungsziels immer weiter verschieben, ohne dass im Rahmen der folgenorientierten Privatrechtstheorie systemimmanente Vorkehrungen dagegen getroffen werden können.

cc. Notwendigkeit und Wege zu einer Synthese

Da weder das prinzipienbasierte noch das folgenorientierte Privatrechtsverständnis allein zu überzeugen vermögen, ist es erforderlich, für die Bestimmung des Privatrechts als Gegenstandsbereich der Privatrechtswissenschaft von einem umfassenden Verständnis des Privatrechts auszugehen, welches Elemente beider Theorien verwendet. Beide Sichtweisen eröffnen nicht nur interessante theoretische Perspektiven, sondern sind auch jeweils normativ legitimiert. Eine rein prinzipienbasierte Sichtweise würde die Steuerungsintention des Gesetzgebers und die tatsächliche Steuerungsleistung des Privatrechts ohne hinreichenden Grund aus der Betrachtung ausschließen. Andersherum würde eine rein folgen-

³¹² Vgl. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003), S. 251, der sich ausdrücklich zu Kelsens reiner Rechtslehre bekennt und hervorhebt, dass danach die Rechtsgeltung allein eine Frage der faktischen Macht sei (ebd., S. 261).

³¹³ Siehe dazu Steindorff, in: FS Larenz (1973), S. 217 ff. („Politik des Gesetzes“).

orientierte Sichtweise die Normativität des Privatrechts nicht hinreichend wiedergeben. Nur zusammengekommen können die beiden Sichtweisen das Privatrecht in allen seinen *rechtlichen* Facetten zutreffend erfassen. Damit soll nicht die theoretische Gegensätzlichkeit der Positionen geleugnet, sondern vielmehr für ein produktives Verständnis des Privatrechts als Synthese von Prinzip und Folge nutzbar gemacht werden.

Ausgangspunkt für eine solche Synthese der beiden Ansätze kann es sein, konkrete wissenschaftliche Fragen des Privatrechts grundsätzlich aus der Perspektive beider theoretischer Sichtweisen zu betrachten. Kommen dabei beide Perspektiven zum gleichen praktischen Ergebnis, bedarf es keiner Stellungnahme dazu, welcher theoretischen Konzeption gefolgt wird. So kennen, wie gerade gezeigt, sowohl die prinzipienbasierten als auch die folgenorientierten Theorien des Privatrechts das Phänomen der Gesetzeslücke. Wurde etwa aus Sicht eines prinzipienbasierten Privatrechtsverständnisses eine konkrete Gesetzeslücke identifiziert, kann man untersuchen, ob in dem gesetzlich nicht geregelten Fall aufgrund der fehlenden Norm auch unterschiedliche Handlungsanreize bestehen oder ob die betreffende Person bereits aus anderen Gründen einen Anreiz hat, freiwillig im Sinne der eventuell zur Lückenfüllung aufgestellten Norm zu handeln. Ergibt sich dabei ein Unterschied zwischen den beiden Sichtweisen, besteht also im vorgenannten Beispiel bereits ein intrinsischer Anreiz zur Vornahme der Handlung, ist zu untersuchen, ob es trotzdem im Rahmen der prinzipienbasierten Theorie einer Ausfüllung der Lücke durch eine Analogie, also der Statuierung einer durchsetzbaren Rechtspflicht, bedarf. So kann im Einzelfall die Statuierung einer Rechtsnorm für ein Verhalten, das der Verpflichtete bereits freiwillig vorgenommen haben würde, den kontraproduktiven Effekt haben, die intrinsische Motivation auszuschalten.³¹⁴ Spricht also in dem Beispiel die folgenorientierte Sichtweise gegen die Annahme einer Analogie, erfordert aber die prinzipienbasierte Perspektive eine solche, muss begründet werden, weshalb im konkreten Fall der einen oder der anderen Theorie gefolgt wird. Dabei ist zu beachten, dass die Argumente einer folgenorientierten Privatrechtstheorie stets einer empirischen Falsifikation zugänglich sind. Lässt sich also im genannten Beispiel anhand einer empirischen Untersuchung nachweisen, dass die Statuierung der Rechtspflicht tatsächlich keine negativen Auswirkungen auf die intrinsische Motivation hat, verliert das Gegenargument seine Gültigkeit. Dagegen hat der Nachweis, dass im gesetzlich nicht geregelten Fall tatsächlich eine intrinsische Motivation zur Handlung besteht, während in den durch den Wortlaut des Gesetzes erfassten Konstellationen eine solche fehlt, auch für die prinzipienbasierte Theorien eine Bedeutung. Damit wird nämlich gezeigt, dass zwar eine Regelungslücke bestehen mag, die beiden Fälle aber wertungsmäßig nicht vergleichbar sind. Eine Analogie scheidet damit auch für die prinzipienbasierte Sichtweise aus.

³¹⁴ Vgl. *Stroebe*, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), *Sozialpsychologie*⁶ (2014), S. 231, 264–266.

Ein konkreter Anwendungsfall kann dies verdeutlichen: Der BGH hat entschieden, dass bei einem Rückzug eines börsennotierten Unternehmens von der Börse („Delisting“) ein Abfindungsanspruch der Aktionäre nicht in Analogie zu bestehenden Vorschriften, insbesondere § 29 Abs 1 S. 1 Halbsatz 1 Fall 2 UmwG (so genanntes „kaltes Delisting“), hergeleitet werden könne, und zur Begründung das prinzipienbasierte Argument angeführt, dass kein allgemeiner Grundsatz bestehe, „dass der Wechsel aus dem regulierten Markt in jedem Fall zu einer Abfindung führt“. ³¹⁵ Aus folgenorientierter Sicht kommt es dagegen darauf an, ob das reguläre und das kalte Delisting aus Sicht der betroffenen Aktionäre die gleichen negativen Folgen zeitigt. Dies ist letztlich eine nur empirisch zu beantwortende Frage. ³¹⁶ Sollte sich dabei zeigen, dass Aktionäre beim Delisting regelmäßig einen erheblichen Vermögensnachteil erleiden, kann dies auch aus prinzipienbasierter Sicht relevant werden. Nimmt man nämlich an, dass die Abfindungsregeln dem Schutz der Vermögensinteressen zu dienen bestimmt sind, liegt auch aus prinzipienbasierter Perspektive eine Regelungslücke vor, die mittels einer (Gesamt-) Analogie zu schließen ist.

Dieses Beispiel verdeutlicht, dass eine Synthese beider Ansätze die wissenschaftliche Arbeit am Privatrecht befruchtet, unabhängig davon, welcher Grundkonzeption – prinzipienbasiert oder folgenorientiert – der einzelne Wissenschaftler grundsätzlich anhängt. Indem Argumente beider Sichtweisen berücksichtigt und gegeneinander abgewogen werden, erhöht sich die Überzeugungskraft der gefundenen Lösung, da sie nicht einfach unter Verweis auf eine abweichende Grundposition für irrelevant erklärt werden kann.

4. Regulierung als Teil eines umfassenden Privatrechtskonzepts

Die vorstehende Analyse des in der deutschen Privatrechtswissenschaft im Laufe der Zeit zugrunde gelegten Verständnisses ihres Gegenstands erhellt, weshalb die Regulierungsfunktion des Privatrechts, trotz ihrer enormen praktischen Wichtigkeit, im Gegensatz namentlich zur US-amerikanischen Rechtswissenschaft bisher in Deutschland nur selten Gegenstand rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen gewesen ist. ³¹⁷

Das Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert war nicht nur auf die Idee der persönlichen Freiheit gegründet und auf den Aufbau eines systematischen Privatrechts auf Grundlage des subjektiven Rechts fokussiert, sondern bewegte sich zudem in einem politischen Umfeld, in dem es für den Privatrechtswissenschaftler

³¹⁵ BGH NJW 2014, 146, 147 f.

³¹⁶ Der BGH (NJW 2014, 146, 149) beruft sich auf empirische Studien; diese beziehen sich aber auf einen Zeitraum, als eine entsprechende Abfindungspflicht im Wege richterrechtlicher Rechtsfortbildung begründet war.

³¹⁷ Siehe jedoch z.B. *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 29–85; *Hopt*, JZ 1972, 65 ff.; *ders.*, in: *Gesetzesplanung* (1972), S. 33 ff.; *Steindorff*, in: *FS Larenz* (1973), S. 217 ff.; *Pawlowski*, in: *FS Wildenmann* (1986), S. 172 ff.

essenziell war, die politische Neutralität seines Tuns hervorzuheben. Nur unter diesen besonderen Voraussetzungen war es möglich, dass sich ein „wissenschaftliches Recht“ herausbildete, das den Status einer Rechtsquelle erlangen konnte. Die Idee eines regulierenden Privatrechts musste in diesem Umfeld als grotesker Fremdkörper erscheinen, zumal es im „wissenschaftlichen Recht“ an einer steuernden staatlichen Instanz fehlt. *Jherings* Rechtstheorie wurde vor diesem Hintergrund – nicht zuletzt wegen der Prominenz ihres Schöpfers, der zuvor als hervorragender Vertreter der historischen Schule in Erscheinung getreten war – zwar allgemein zur Kenntnis genommen, blieb aber, wegen ihrer gegenüber dem herrschenden Verständnis konträren Prämissen für die Privatrechtswissenschaft, abgesehen von der Freirechtsepisode, nahezu folgenlos.

Die Interessenjurisprudenz und die Wertungsjurisprudenz als Hauptströmungen des deutschen Privatrechts im 20. Jahrhundert sahen sich zwar nicht mehr dem Zwang zur politischen Neutralität ausgesetzt (sondern stellten sich vielmehr bereitwillig in den Dienst der jeweils vorherrschenden politischen Leitideen), hielten aber beide am Ideal des systematisch geschlossenen Privatrechts fest. In einem solchen geschlossenen System stellen regulatorische Privatrechtsnormen aufgrund der damit verbundenen politischen Intentionen Fremdkörper dar. Politische Steuerungsintentionen sind stets auf Einzelziele ausgerichtet, sie lassen sich daher kaum aus einem normsystematischen Blickwinkel verstehen und ordnen, sondern sind im Gegenteil darauf ausgerichtet, bestimmte Auslegungsergebnisse ungeachtet jeglicher Normsystematik zu erreichen. Damit erscheint die tatsächlich vermehrt auftretende Regulierung als systemgefährdendes Element. Aus konservativ-systematischer Sicht handelt es sich um einen Irrweg, der bekämpft werden muss.³¹⁸ Aber auch für solche Rechtswissenschaftler, die dem Präventions- und Steuerungsgedanken im Privatrecht offener gegenüber stehen,³¹⁹ bildet Regulierung letztlich einen Fremdkörper, der in das herkömmliche System nicht zu integrieren ist, der ihm vielmehr seine Grenzen aufzeigt.³²⁰

Die Grenzen beruhen darauf, dass das Privatrechtsverständnis in Deutschland – trotz vielfachen Wandels – stets vom Gedanken der Systembildung getragen war. Grundlage dieser Systembildung waren nicht immer die gleichen, aber stets gleichartige Grundelemente – seien es Prinzipien, Begriffe oder Interessen –, die das Privatrechtssystem konstituieren. Ein solches Privatrechtsverständnis ist darauf ausgerichtet, die Lösung von Einzelfällen im Wege der Normkonkretisierung aus dem prinzipienbasierten System zu ermöglichen.

³¹⁸ Diese Position wurde in jüngerer Zeit insbesondere in Opposition zum AGG formuliert, welches offensichtlich steuernde Elemente in das allgemeine Privatrecht gebracht hat; vgl. z.B. *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 261; *Repgen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 81 (jeweils zur angeblichen Verfassungswidrigkeit des AGG).

³¹⁹ Siehe Nachweise S. 323, Fn. 2.

³²⁰ Paradigmatisch ist insoweit der Aufruf von *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 231 f., die teleologische Auslegung im Wirtschaftsrecht „bis an die Grenzen des Möglichen“ zu erstrecken.

Diese Sichtweise des Privatrechts ist aber nicht nur einseitig, sondern kann insbesondere die tatsächlichen Auswirkungen, welche die von ihr erzeugten Ergebnisse hervorbringen, nicht systemimmanent verarbeiten. In ihrer Reinform ist eine solche Privatrechtswissenschaft nicht einmal darauf angewiesen, dass das Recht überhaupt irgendwelche tatsächlichen Folgen hat, sie kann sich mit denselben Methoden historischen oder fiktiven Privatrechten widmen. Das Konzept der Regulierung, das seinen Ausgangspunkt bei den tatsächlichen Wirkungen des Privatrechts nimmt, lässt sich deshalb nicht in ein Privatrechtssystem integrieren, das allein auf Prinzipien aufgebaut ist. Dies gilt aber nicht nur für die Regulierung, sondern für sämtliche in dieser Studie so genannten „Funktionen des Rechts“³²¹ – neben der Regulierungsfunktion auch die Infrastruktur- und die Interessenausgleichsfunktion. Diese Kategorien sind nicht Bestandteil eines rein prinzipienbasierten Privatrechtsverständnisses. Sie sind aber Bestandteil des Privatrechts.

Vorrangiges Ziel einer Kategorienbildung nach den Funktionen des Rechts ist es, die Wirkungsweise des (Privat-)Rechts zu analysieren. Deshalb scheinen die Funktionen des Rechts auf den ersten Blick Ausfluss eines – dem prinzipienbasierten Verständnis entgegengesetzten – folgenorientierten Privatrechtsverständnisses zu sein. Dies trifft aber nicht zu. Denn die Rechtsfunktionen dienen nicht (primär) dazu, die tatsächlichen Folgen des Rechts zu beschreiben. Sie versuchen vielmehr, rechtliche Regeln danach zu klassifizieren, welche Wirkung der Gesetzgeber damit erreichen *wollte*,³²² und daraus Folgerungen für die Rechtsanwendung zu ziehen. Damit sind sie im Ausgangspunkt genauso Teil eines prinzipienbasierten wie eines folgenorientierten Privatrechtsverständnisses. Die Besonderheit besteht darin, dass die Identifikation unterschiedlicher Rechtsfunktionen gerade dem Ziel dient, das prinzipienbasierte Privatrecht mit Blick auf die tatsächlichen Folgen der Rechtsanwendung zu strukturieren und die Einsicht in diese Folgen für die Rechtsanwendung selbst fruchtbar zu machen. Die Funktionen des Rechts versuchen auf diese Weise, eine Synthese zwischen prinzipienbasierter und folgenorientierter Sichtweise des Privatrechts zu schaffen.

Die Regulierungsfunktion des Privatrechts im Speziellen bezeichnet den instrumentellen Einsatz staatlichen Privatrechts mit einer über den Einzelfall hinausreichenden, politischen Steuerungsintention im Allgemeinwohlinteresse.³²³ Die Besonderheit dieser Rechtsfunktionen ist also eine solche politische Steuerungsintention. Diese steht aber genau am Übergang zwischen prinzipienbasiertem und folgenorientiertem Privatrechtsverständnis. Das lässt sich beispielhaft an der Anwendung regulatorischen Privatrechts demonstrieren: Für die Rechtsanwendung ist die politische Steuerungsintention einerseits Anlass für den Erlass der Norm und damit sowohl alleiniger Legitimationsgrund staatlicher Zwangs-

³²¹ Zu diesen oben S. 47 ff.

³²² So kommt es für den Begriff der Regulierung im Sinne dieser Studie bewusst nur auf die *Steuerungsintention* an; vgl. oben S. 52 f.

³²³ Ausführlich zur Definition oben S. 50 ff.

gewalt zur Durchsetzung des Normbefehls³²⁴ als auch Grundlage für die Norminterpretation.³²⁵ In dieser Hinsicht bestimmt die politische Intention die Stellung der betreffenden regulierenden Norm im prinzipienbasierten Privatrechtssystem. Andererseits setzt die politische Steuerungstention den Maßstab, um den tatsächlichen Steuerungserfolg der Norm – d.h. die vom Gesetzgeber angestrebte Verhaltensänderung – im sozialen Leben empirisch überprüfen zu können. Sie bildet damit ein wesentliches Element für die folgenorientierte Privatrechtswissenschaft. Eine solche empirische Evaluation des tatsächlichen Normerfolgs muss – aufgrund der die Norm rechtfertigenden politischen Intention – wiederum die (zukünftige) Normanwendung im Rahmen der prinzipienbasierten Sichtweise beeinflussen. Erweist sich etwa, dass der Steuerungserfolg auf Grundlage der bisherigen Auslegungs- und Anwendungspraxis verfehlt wird, muss die Normauslegung und -anwendung dementsprechend verändert werden, um den Steuerungserfolg in Zukunft zu erreichen.³²⁶

Das Beispiel der Anwendung regulatorischen Privatrechts zeigt, dass Regulierung weder aus Sicht einer allein prinzipienbasierten noch einer allein folgenorientierten Sichtweise des Privatrechts vollständig erfasst werden kann. Eine weiterführende Analyse und eine die Privatrechtswissenschaft befruchtende Arbeit mit der Kategorie der Rechtsfunktionen und insbesondere der Regulierungsfunktion sind nur im Rahmen eines umfassend verstandenen Privatrechts möglich.

II. Regulierung und Rechtsdogmatik

Zwischen dem Gegenstand einer wissenschaftlichen Disziplin und ihren Methoden besteht ein Wechselbezug: Einerseits folgt aus der Bestimmung des Gegenstands, welches methodische Herangehen einen wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn verspricht, andererseits formiert und definiert sich der Gegenstand erst durch die mithilfe bestimmter Methoden erzielten Erkenntnisse.³²⁷ Wenn im

³²⁴ Da es sich um politische Zielsetzungen handelt, kann die Legitimation regulierender Privatrechtsnormen grundsätzlich nicht aus der Systematik des Privatrechts oder Ähnlichem, sondern allein durch die demokratische Legitimation der entsprechenden Politik gewonnen werden.

³²⁵ Steindorff, in: FS Larenz (1973), S. 217, 235.

³²⁶ Vgl. Steindorff, in: FS Larenz (1973), S. 217, 230: „Erheblich ist für die Bewältigung der mit solchen Sachverhalten [i.e. des Wirtschaftsrechts; A.H.] gestellten Probleme das Bedürfnis, die Gesetzesanwendung nicht auf ausgefeilte oder auszufeilende, auf Erfahrungen aus der Vergangenheit beruhende Tatbestände, sondern auf das Ziel der Gesetzgebung auszurichten. Dies setzt voraus, daß die Anwendung des Rechts nicht bei überlieferten Interpretationen gesetzlicher Tatbestände oder gar apriorischen Sinn- oder Strukturbegriffen beginnt, sondern bei der Ermittlung der Sachverhalte und ihrer Zusammenhänge und bei der Frage, wie eine Rechtsanwendung angesichts dieser Sachverhalte das gesetzliche Ziel erreichen kann.“

³²⁷ Zum Zusammenhang zwischen Gegenstand und Methode der Rechtswissenschaft siehe Jestaedt, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 185, 193; Kelsen,

Folgenden untersucht wird, wie sich die privatrechtswissenschaftliche Methodik zum Konzept der Regulierung verhält, ist deshalb zu berücksichtigen, dass der ganz vorherrschende Ansatz der deutschen Privatrechtswissenschaft von einem prinzipienbasierten Privatrechtsverständnis ausgeht und deshalb Methoden anwendet, die auf einem solchen Verständnis beruhen. Es ist bereits aus diesem Grund nicht verwunderlich, dass sich die Rechtsdogmatik als vorherrschende rechtswissenschaftliche Methode nicht mit den tatsächlichen Folgen der Rechtsanwendung beschäftigt, sondern auf die Durchdringung, Systematisierung und Konkretisierung des Privatrechts ausgerichtet ist – zumal die gängigen Auslegungskanones in ihrem Kern auf *Savigny* zurückgehen,³²⁸ dessen historische Rechtsschule, wie gezeigt, wesentlichen Anteil an der Entstehung des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsbegriffs hatte.³²⁹

Leitlinie der sich anschließenden Untersuchung sind die folgenden Thesen: (A) Die Regulierungsfunktion des Privatrechts findet bislang in der deutschen Rechtswissenschaft auch deshalb kaum Beachtung, weil die Rechtsdogmatik in ihrer vorherrschenden Ausprägung keine Mittel bereit hält, das Privatrecht folgenorientiert, d. h. regulatorisch zu untersuchen. Regulierung wird sich deshalb nur dann als Kategorie in der deutschen Privatrechtswissenschaft durchsetzen können, wenn es gelingt, die Rechtsdogmatik entsprechend weiterzuentwickeln. (B) Im Mittelpunkt einer regulatorischen Rechtsdogmatik steht nicht die Frage, welchen Inhalt eine bestimmte Norm *hat*, d. h. wie sie auszulegen ist, sondern welche tatsächlichen Wirkungen eintreten würden, wenn sie einen bestimmten Inhalt *hätte*, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie einen solchen oder einen (nach den Auslegungsmethoden ebenfalls möglichen) alternativen Inhalt haben *soll*.

Um die These A zu belegen, ist zunächst den Charakteristika der Rechtsdogmatik nachzugehen. Dieser kommt in der juristischen Methodik eine unangefochtene Vormachtstellung zu, weil sie die besondere Eigenschaft aufweist, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auf das engste zu verbinden (dazu unter 1.). Eine Weiterentwicklung der Rechtsdogmatik kann nur dann erfolgreich sein, wenn sie diese Verbindung aufrechterhält und nicht rein wissenschaftsbezogen erfolgt, sondern die besonderen Bedürfnisse der juristischen, insbesondere gerichtlichen Praxis befriedigt. Dazu muss sie – wie die Rechtsdogmatik stets – von den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Methode der Zivilgerichte ausgehen. Grundlegend für die Fortentwicklung der Rechtsdogmatik ist deshalb die Frage, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für die (folgenorientierte) rechtsdogmatische Methode bestehen (dazu unter 2.). Ausgehend von den Ergebnissen der verfassungsrechtlichen Untersuchung kann sodann skizziert werden, wie eine re-

Reine Rechtslehre¹ (1934), S. 1–18; C. Möllers, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 151, 159 f.

³²⁸ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 212–216.

³²⁹ Siehe oben S. 331 ff.

gulatorische Rechtsdogmatik entlang der Grundsätze von These B aussieht (dazu unter 3.).

1. Rechtsdogmatik als Verbindung von Wissenschaft und Praxis

In der Welt der wissenschaftlichen Methoden ist die Rechtsdogmatik eine Kuriosität, weil sie zugleich Teil der juristischen Wissenschaft und Teil der juristischen Praxis ist.³³⁰ Auch in den angewandten Wissenschaften werden diese Bereiche ansonsten streng getrennt. So unterscheidet sich etwa die Methode, mittels derer ein Medikament für eine bestimmte Erkrankung entwickelt wird, von der Behandlungsmethode des Arztes, der mithilfe eben dieses Medikaments versucht, einen konkreten Patienten zu heilen. Selbstverständlich besteht zwischen beiden Methoden eine Wechselwirkung, denn bei der Entwicklung des Medikaments muss etwa bedacht werden, dass dieses keine Behandlung in Dosen erfordern darf, die als solche bereits eine tödliche Wirkung haben. Trotzdem lassen sich die beiden Bereiche Forschung und Anwendung klar trennen. Dies ist im Recht nicht so, denn die Arbeit eines Rechtswissenschaftlers, der wissenschaftlich zur Lösung eines konkreten Falles bzw. Rechtsproblems Stellung nimmt, unterscheidet sich methodisch nicht von der eines Richters, der die entsprechende Fragestellung im Rahmen einer konkreten Fallentscheidung zu beantworten hat.

Mit dem Begriff „Rechtsdogmatik“ werden nicht nur bestimmte rechtswissenschaftliche Fächer (z. B. Verfassungsrechtsdogmatik, Strafrechtsdogmatik, Privatrechtsdogmatik) und deren Methode bezeichnet, sondern auch das Ergebnis dieser Wissenschaft, nämlich systematisch gewonnene rechtliche Regeln „auf einer Mittelhöhe zwischen Gesetz und Fall“,³³¹ also die Bestandteile des Rechtssystems.³³² Rechtsdogmatische Regeln entwickeln aber auch die Gerichte, wenn

³³⁰ Vgl. *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73, 106 f. Monographisch *Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis (1986). *Gutmann*, JZ 2013, 697 spricht hinsichtlich der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik von einer „Reflexion erster Ordnung, aus der Perspektive nicht des Beobachters, sondern des Teilnehmers“.

³³¹ *Hassemer*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 3, 7, 14.

³³² Zur Definition der „Rechtsdogmatik“ siehe *Albert*, in: Albert/Luhmann/Maihofer u. a. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft (1972), S. 80, 82–84, 91–94; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1983), S. 307–314; *Brohm*, in: VVD-StRL 30 (1972), S. 245, 246 f.; *Bumke*, JZ 2014, 641 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 8–51; *Esser*, AcP 172 (1972), 97 ff.; *Honsell*, ZfPW 2015, 1; *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, 2011 (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>); *Jestaedt*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 117, 121 f., 127–131; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 226–229; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 45–50; *Lepsius*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 39, 42 f.; *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? (1973), S. 14–21 und passim; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 413–422; *Stürner*, JZ 2012, 10–17; *ders.*, AcP 214 (2014), 7 ff.; *Vofßkuhle*, in: G. Kirchhof/Ma-

sie konkrete Einzelfallentscheidungen begründen und dazu aus dem Gesetzeswortlaut konkretisierende, aber noch allgemeine (Grund-)Sätze ableiten. Indem die Richter bei ihrer rechtsdogmatischen Begründungsarbeit auf die Vorarbeiten der Wissenschaft zurückgreifen und umgekehrt die Wissenschaftler Gerichtsentscheidungen in ihre rechtsdogmatischen Theorien integrieren, entsteht als Gesamtergebnis die „Privatrechtsdogmatik“, die sich als Amalgam von Wissenschaft und Praxis begreifen lässt.³³³ Besonders deutlich wird dies beim wissenschaftlichen Publikationsformat des Gesetzeskommentars, der das Ziel hat, die gerichtliche Entscheidungspraxis anzuleiten, und dazu seine Aussagen wesentlich durch die Analyse des vorhandenen Fallrechts gewinnt.³³⁴ Ein weiterer wichtiger Praxisbezug ist Folge der Verknüpfung von Rechtsdogmatik und gerichtlicher Fallentscheidung: Professionelle Parteivertreter – im Privatrecht hauptsächlich Rechtsanwälte und Unternehmensjuristen – beteiligen sich mit eigenen wissenschaftlichen Beiträgen am rechtsdogmatischen Diskurs, um damit ihr besonderes Wissen über die tatsächliche Seite des entsprechenden Teilrechtsgebiets in die Diskussion einzuspeisen, vor allem aber, um den Inhalt der Rechtsprechung in ihrem Sinne zu beeinflussen. Die enge Verbindung von Wissenschaft und Praxis in der Rechtsdogmatik stellt im internationalen Vergleich eine Besonderheit der deutschen Rechtswissenschaft dar.³³⁵

Diese enge Verbindung bringt beiden Seiten wichtige Vorteile. Den Gerichten bietet eine ausdifferenzierte Dogmatik zu einer höchsttrichterlich noch nicht geklärten Frage eine erhebliche praktische Erleichterung bei der Entscheidungsbegründung. So stellen insbesondere Gesetzeskommentare die wesentlichen Erwägungen des Gesetzgebers sowie die einschlägigen wissenschaftlichen Äußerungen zusammen, sortieren diese nach „herrschender Ansicht“ und „Mindermeinung“ und ermöglichen dem Richter auf diese Weise auch bei schwierigen Rechtsfragen eine schnelle Orientierung, welche ansonsten in der zur Urteilsabfassung zur Verfügung stehenden Zeit häufig nicht zu gewinnen wäre.³³⁶ Aber auch für die rechtsberatenden Praktiker bietet eine entwickelte

gen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 111 ff.; Wieacker, in: FS Gadamer, Bd. II (1970), S. 311 ff.; Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 5–7. Siehe auch den Überblick über die Begriffsdefinitionen bei Waldhoff, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 17, 21–26.

³³³ Vgl. Schön, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 313, 317.

³³⁴ Vgl. auch Jestaedt, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 117, 119.

³³⁵ Jansen, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, 2011 (<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>), Rn. 1, 6; Jestaedt, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 117, 118; Koziol, AcP 212 (2012), 1, 2; Lepsius, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 39, 47 f.; Stürner, JZ 2012, 10, 13.

³³⁶ Demgegenüber vertritt Lepsius, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 39, 43 f. die Auffassung, die Dogmatik helfe dem Richter bei der Über-

Dogmatik erhebliche Vorteile. Professioneller Rechtsrat zu einer höchstrichterlich noch nicht geklärten Frage erhält beispielsweise mit dem Verweis auf eine „herrschende Lehre“ eine objektive Dimension, welcher die Rechtsprechung im Rahmen der Beraterhaftung entschuldigende Wirkung beimisst.³³⁷ Die Rechtswissenschaftler erfahren wiederum durch die Gerichtsentscheidungen nicht nur von aktuellen und praxisrelevanten Fragestellungen für die eigene Forschung, sondern profitieren auch davon, dass sich die Rechtsprechung auf ihre rechtsdogmatischen Forschungsergebnisse stützt. Indem die Gerichte durch den Bezug auf die „Vorarbeiten“ der Wissenschaftler deren Forschung Bedeutung für die Auslegung, d.h. den *Inhalt* des geltenden Rechts beimessen, erhalten die Aussagen der dogmatischen Rechtswissenschaft eine objektive Bedeutung, die ihnen eine ansonsten in den Sozial- und Geisteswissenschaften unbekannte „Geltung“ verleiht. Die Rezeption rechtsdogmatischer Forschung durch die Rechtsprechung ermöglicht damit dem einzelnen Rechtswissenschaftler, durch seine Aussagen den Inhalt des geltenden Rechts nicht nur darzustellen, zu systematisieren und zu analysieren, sondern aktiv zu beeinflussen.³³⁸ Die Rechtsprechung wird in diesem System zu einer Schiedsinstanz über die Qualität rechtswissenschaftlicher Forschung, sie erfüllt eine dem naturwissenschaftlichen Experiment vergleichbare Falsifikationsfunktion.³³⁹ Wenn sich die (höchststrichterliche) Rechtsprechung der rechtsdogmatischen Argumentation eines Wissenschaftlers anschließt und diese damit zu geltendem Recht erklärt, fällt sie implizit ein Qualitätsurteil über diese und konkurrierende wissenschaftliche Aussagen.

Der Preis für die Symbiose von Wissenschaft und Praxis in der Rechtsdogmatik sind auf Seiten der Wissenschaft bestimmte methodische Einschränkungen.

windung eines „Kompetenzproblems“, nämlich dem (seiner Ansicht nach existierenden) Verbot, über den konkreten Rechtsfall hinausreichende Fragen zu entscheiden. Diese These hält allerdings einer empirischen Überprüfung kaum stand, denn entsprechende – von *Lepsius* als problematisch erachtete – Rechtsfortbildung existiert auch in solchen Rechtssystemen, in denen Gerichte und Wissenschaft nicht in einem so engen dogmatischen Austausch wie in Deutschland stehen, etwa in den USA oder der EU. So hat insbesondere der EuGH die wesentlichen rechtsfortbildenden Innovationen (z.B. unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang des Unionsrechts) entwickelt, ohne eine (Schein-)Legitimation im Rückgriff auf wissenschaftliche Autoritäten zu suchen.

³³⁷ BGH NJW 1985, 495, 496; NJW 2011, 386, 388; siehe auch BGHZ 85, 252, 260 f.

³³⁸ Kritisch dazu *Lepsius*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 39, 44 f.: „Selbstermächtigung“.

³³⁹ Die These von *Hassemer*, RTh 39 (2008), 1, 11; *Rüthers*, RTh 40 (2009), 253, 274 f., die Ergebnisse der objektiv-teleologischen Auslegung entzögen sich einer Falsifikation, ist unter diesem Gesichtspunkt zu relativieren. Es mag zwar zutreffen, dass man dem Richter (oder Wissenschaftler) nicht nachweisen kann, „er habe den objektiven Sinn der Norm falsch bestimmt“ (vgl. *Hassemer*, aaO.). Aber das Ergebnis dieser Auslegung muss andere überzeugen, nämlich die Richter (wenn es sich um die Aussage eines Rechtswissenschaftlers handelt) oder die höheren Instanzen. Letztinstanzliche Urteile sind wiederum bevorzugter Gegenstand rechtswissenschaftlicher Kritik. Zur Möglichkeit der Falsifikation siehe auch *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73, 91–94.

Eine erste erhebliche Einschränkung für die wissenschaftliche Rechtsdogmatik, welche aus dem Praxisbezug folgt, ist die Notwendigkeit, die Forschungsergebnisse auf die Entscheidung von streitigen Einzelfällen bzw. deren Vorbereitung zu begrenzen.³⁴⁰ Rechtsdogmatik ist – auch wenn sie nicht Einzelfälle behandelt, sondern Systembildung betreibt oder Grundsätze entwickelt, anhand derer die Lösung von Einzelfällen entwickelt werden kann – eine „Entscheidungswissenschaft“.³⁴¹ Vor diesem Hintergrund stellt etwa ein Vergleich der tatsächlichen Auswirkungen zweier Rechtsinstitute – z. B. Schadensersatz- und Unterlassungsanspruch als konkurrierende Mittel, einen Rechtsverstoß zu verhindern – keine Fragestellung der Rechtsdogmatik dar, weil sich die Ergebnisse einer solchen Untersuchung nicht für die Rechtsanwendung operationalisieren lassen. Eine weitere Begrenzung, die sich die Rechtsdogmatik wegen ihres Praxisbezugs selbst auferlegt hat, ist die Ausscheidung der so genannten „Rechtspolitik“. Rechtsdogmatik versteht sich als Wissenschaft des *geltenden* Rechts, welche die Berechenbarkeit und Kohärenz der Rechtsanwendung sichern soll,³⁴² nicht aber dazu Stellung nimmt, wie das Recht alternativ aussehen sollte.³⁴³ Diese Beschränkung hat dazu geführt, dass die Folgenbetrachtung weitgehend aus dem Bereich der Rechtsdogmatik ausgeschlossen wird. So definiert *Larenz* als Gegenstand der Rechtspolitik, für die vorrangig nicht die Rechtsdogmatik³⁴⁴, sondern andere Wissenschaften zuständig seien, die Fragen, „wie sich die vorzuschlagende Regelung in den verschiedenen Bereichen der sozialen Realität auswirken wird, welche Alternativen von dem Sachbereich her überhaupt bestehen, welche Mittel in Frage kommen, welche Vorteile, welche Nachteile zu erwarten sind“.³⁴⁵ Derartige Fragen stellen sich aber nicht nur hinsichtlich von neu vorzuschlagenden Regelungen, sondern auch bezüglich der Anwendung des bestehenden Rechts. Durch eine sehr konservative Abgrenzung von Rechtspolitik und Dogmatik werden häufig auch regulatorische Überlegungen zum geltenden Recht aus dem Bereich der Rechtsdogmatik ausgeschlossen.³⁴⁶

³⁴⁰ Vgl. *C. Möllers*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 3 Rn. 21.

³⁴¹ *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*, Bd. I¹⁰ (2009), S. 204–207; *Schön*, in: *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 313, 317 f.

³⁴² Vgl. *Eifert*, in: *G. Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), S. 79, 85.

³⁴³ Kritisch zu dieser Beschränkung *Stürner*, *AcP* 214 (2014), 7, 40 f.

³⁴⁴ *Larenz* verwendet den Ausdruck „Jurisprudenz“, der bei ihm aber synonym zu „Rechtsdogmatik“ zu verstehen ist; vgl. *Seinecke*, *JZ* 2010, 279, 285 f.

³⁴⁵ *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶ (1991), S. 194. Anders aber *Schön*, in: *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 313, 320 f. (fachmännische Urteilskraft des Rechtswissenschaftlers).

³⁴⁶ Allerdings werden in der Praxis, insbesondere im Wirtschaftsrecht, Folgenerwägungen teilweise auch für die Rechtsdogmatik fruchtbar gemacht. Ein Beispiel ist der „more economic approach“ im Kartellrecht.

Aber auch die Rechtsprechung legt sich bestimmte Einschränkungen auf, die vor allem Konsequenz der engen Verknüpfung mit der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik und weniger der gerichtlichen Notwendigkeiten sind. Ein wesentlicher Grund dafür liegt darin, dass die Rechtsprechung ihrer Natur nach Rechtsdogmatik nur im Rahmen von Einzelfallentscheidungen entwickeln kann.³⁴⁷ Die Möglichkeit, selbst im größeren Umfang Beiträge zur Systematisierung des Rechts oder zur Methodenlehre zu leisten, beschränkt sich dabei auf obiter dicta oder Abgrenzungen zu bereits entschiedenen Fällen.³⁴⁸ Deshalb kommt der Rechtswissenschaft in den Bereichen der Systematisierung und Methodenlehre eine natürliche Vormachtstellung zu, unabhängig davon, inwieweit die wissenschaftlichen Ergebnisse den Anforderungen der gerichtlichen Praxis gerecht werden.³⁴⁹ Diese faktische Einschränkung der Gerichte birgt die Gefahr, von der Rechtswissenschaft zur Sicherung ihres Einflusses auf die Rechtsprechung missbraucht zu werden. Indem die Rechtswissenschaft für sich die Hoheit über zulässige Methoden der Rechtsanwendung reklamiert, hat sie es in der Hand, den Einfluss anderer Wissenschaften – etwa der Ökonomik oder allgemein der empirischen Folgenbetrachtung – auf die Rechtspraxis zu begrenzen.³⁵⁰ Welche Vorgaben tatsächlich für die Methodenwahl richterlicher Rechtsdogmatik bestehen und ob diese die Einbeziehung der von *Larenz* zum exklusiven Gegenstandsbereich der Rechtspolitik deklarierten tatsächlichen Folgen der Rechtsanwendung ausschließen, ist – aus rechtsdogmatischer Sicht – eine Frage des Verfassungsrechts.

2. Methodenfragen als Verfassungsfragen

Aufgrund der amalgamhaften Verbindung von Wissenschaft und Praxis in der Rechtsdogmatik determinieren die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Zivilrechtsprechung zugleich Inhalt und Methode der Privatrechtsdogmatik.³⁵¹ Soweit die rechtsdogmatische Methodik die Anwendung des Privatrechts

³⁴⁷ Siehe dazu umfassend *Mautzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010).

³⁴⁸ Vgl. *C. Möllers*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 3 Rn. 21.

³⁴⁹ Im Bereich der Systematisierung gilt dies nur eingeschränkt; wenn die Vorschläge der Wissenschaft sich aus Sicht der Rechtsprechung als unbrauchbar erweisen, entwickelt sie eigene Abgrenzungen. Klassisch ist in dieser Hinsicht im Strafrecht der Streit über die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung, für die es nach der Literatur auf die innere Willensrichtung des Opfers ankommen soll (vgl. nur *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB²⁸ (2014), § 255 Rn. 2 m. w. N.), während die Rechtsprechung allein auf das äußere Erscheinungsbild abstellt (vgl. BGHSt 7, 252, 254; 41, 123, 126).

³⁵⁰ Siehe z. B. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip³ (2005), S. 450–485; *Lindner*, JZ 2008, 957, 962 f. jeweils zu den (verfassungs-)rechtlichen Grenzen ökonomischer Argumente im Rahmen der Rechtsdogmatik.

³⁵¹ Dagegen spielt nach *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? (2009), S. 294 f. die Verfassung keine Rolle für die Rechtserkenntnis, sondern erst für die Bewertung des gefundenen Ergebnisses. Dies mag zwar für die (Freiheits-)Grundrechte zutreffen, nicht aber für die restliche Verfassung.

auf den Einzelfall und damit den konkreten Inhalt des Rechts determiniert, kann man deshalb von „Methodenfragen als Verfassungsfragen“ sprechen.³⁵² Die Notwendigkeit, rechtsdogmatische Methodik verfassungsrechtlich rechtfertigen zu können, wird zumeist (nur) für die Rechtsfortbildung *contra legem* oder *praeter legem* diskutiert,³⁵³ besteht aber in gleicher Weise für den Bereich der einfachen Rechtsanwendung. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nicht um die grundsätzliche Frage, welche Vorgaben das Grundgesetz für die Methoden der Privatrechtswissenschaft aufstellt, sondern um die verfassungsrechtlichen Grenzen einer regulatorischen Privatrechtsdogmatik. Dennoch lohnt es sich, zunächst einen kurzen Seitenblick auf eine ähnliche Diskussion im Öffentlichen Recht zu werfen und sich zu vergewissern, aufgrund welcher verfassungsrechtlicher Prinzipien überhaupt eine Bindung anwendungsbezogener Methodik denkbar ist.

a. Parallelen zur Diskussion im Öffentlichen Recht

Die Methodendiskussion im Öffentlichen Recht ist im vorliegenden Zusammenhang in zweifacher Weise interessant: Einerseits wird die Frage der Folgenorientierung im Öffentlichen Recht seit einiger Zeit intensiv diskutiert, andererseits ist das Verfassungsrecht Teil des Öffentlichen Rechts, so dass die dortige Debatte etwaige verfassungsrechtliche Grenzen *prima facie* in besonderer Weise berücksichtigen sollte.

Es ist kein Zufall, dass sich die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht vermehrt mit der Steuerung durch Recht und Fragen der Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, also mit der hier so genannten Regulierung,³⁵⁴ befasst, denn Adressat der öffentlich-rechtlichen Rechtsdogmatik sind nicht nur die Verwaltungs- und Verfassungsgerichte, sondern insbesondere auch die Behörden. Die Rolle der Behörden in der Rechtsanwendung hat aber in den vergangenen Jahrzehnten einen beachtlichen Wandel erfahren, der mit dem Übergang von „konditionaler“ zu „finaler“ Rechtssetzung³⁵⁵ nur unzureichend beschrieben ist. Kurz gesagt

³⁵² Vgl. *Rüthers*, RTh 40 (2009), 253, 272; siehe auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 284 f. Diese Sichtweise relativiert sich nicht, wenn man davon ausgeht, dass rechtsdogmatische Ergebnisse vorrangig Ausfluss richterlicher „Pragmatik“ sind und die Methode erst dazu gebraucht wird, diese (nachträglich) rational zu begründen; so aber *Hassemer*, RTh 39 (2008), 1, 18. Denn wesentlich ist die Methodik für die Entscheidungsrechtfertigung, nicht für die Entscheidungsfindung; vgl. *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73, 87–92.

³⁵³ Siehe insbesondere die Debatte zwischen *Rüthers* und anderen. Siehe (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) z. B. *Rüthers*, JZ 2003, 995 ff.; *ders.*, JZ 2008, 446 ff.; *ders.*, RTh 40 (2009), 253 ff.; *ders.*, NJW 2011, 1856 ff.; *ders.*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014) sowie *Hillgruber*, JZ 2008, 745 ff. auf der einen Seite und *Hirsch*, ZRP 2006, 161; *ders.*, JZ 2007, 853 ff.; *Hassemer*, RTh 39 (2008), 1 ff.; *Karsten Schmidt*, JZ 2009, 10 ff.; *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff. auf der anderen Seite. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen regulatorischer Rechtsfortbildung ausführlich unten S. 674 ff.

³⁵⁴ Zum hier verwendeten Regulierungsbegriff siehe oben S. 50 ff.; zum (abweichenden) Regulierungsbegriff im Öffentlichen Recht siehe oben S. 41 ff.

³⁵⁵ Siehe dazu z. B. *Breuer*, AöR 127 (2002), 523 ff.

geht es um das Phänomen, dass der Gesetzgeber die Verwaltung immer mehr damit betraut, aktiv regulierend tätig zu werden. Sehen sich die Behörden deshalb in einer Steuerungsrolle, kann die Verwaltungsrechtsdogmatik dem Anspruch, das Verwaltungsrecht praxistauglich aufzubereiten, nur dann gerecht werden, wenn sie sich ebenfalls „von einer anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft hin zu einer rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ weiterentwickelt.³⁵⁶ Demgegenüber hat sich die Regulierungsfunktion im Privatrecht langsam und vorrangig in der gerichtlichen Praxis³⁵⁷ ihren Weg gebahnt, so dass die Notwendigkeit einer entsprechenden Methodenvergewisserung in der Privatrechtswissenschaft bislang noch nicht in gleichem Maße offen zutage getreten ist, obwohl sich der praktische Befund, dass die Rechtspraxis das Privatrecht regulatorisch einsetzt, nicht von der Situation des Öffentlichen Rechts unterscheidet.

Der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“, die versucht, die Verwaltungsrechtswissenschaft methodisch zu einer Steuerungswissenschaft weiterzuentwickeln,³⁵⁸ wurde entgegengehalten, sie gefährde die Rechtsstaatlichkeit und die demokratische Legitimation der Verwaltung.³⁵⁹ Insbesondere wurde geltend gemacht, die behördliche Rechtsanwendung müsse auf einer Methodik basieren, die sicherstellt, dass zwischen dem Ausführungsakt der Verwaltung und dem Gesetzesbeschluss des Parlaments eine sachlich-inhaltliche Legitimationskette besteht, was eine Auslegung erfordere, die den Zweck des Gesetzes nach Entstehungsgeschichte, Wortlaut und Systematik ermittelt.³⁶⁰ Demgegenüber betonen die Vertreter des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes, dass es ihnen nicht um einen Bruch mit der Rechtsdogmatik (und ihren rechtsstaatlichen Grundsätzen), sondern um eine Weiterentwicklung gehe.³⁶¹ Die Betonung der rechtsstaatlichen Grundlagen wirft die Frage auf, welche rechtsstaatlichen und sonstigen verfassungsrechtlichen Anforderungen für die allgemeine, anwendungsbezogene Rechtsdogmatik gelten.

³⁵⁶ So programmatisch *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 15; siehe auch *Jestaedt*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 117, 122.

³⁵⁷ Siehe oben S. 98 ff. und S. 155 ff.

³⁵⁸ Siehe nur *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee² (2006), S. 19–31; *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1. Kritisch zum Neuheitswert der Methoden der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ *Rottmann*, in: FS F. Müller (2010), S. 207, 210 f. unter Verweis auf die Methodendiskussion der 1970er Jahre.

³⁵⁹ *Grzeszick*, Die Verwaltung 42 (2009), 105, 112–117; *P. M. Huber*, Staatswissenschaften und Staatspraxis 8 (1997), 423 ff.; *Lepsius*, Steuerungs diskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik (1999), S. 3–9, 10–14, 52–62; *C. Möllers*, VerwArch 92 (2002), 22, 31–34, 43–46.

³⁶⁰ *Grzeszick*, Die Verwaltung 42 (2009), 105, 112.

³⁶¹ So insbesondere *Voßkuhle*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 111, 114. Siehe auch das Petikum von *Schoch*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7 (2007), S. 177, 210, die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft könne nur als Fortentwicklung der überkommenen Verwaltungsrechtswissenschaft erfolgreich sein.

b. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die anwendungsbezogene Methodik

Verfassungsrechtliche Maßstäbe für die rechtsdogmatische Methodik lassen sich insbesondere aus Art. 3 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 97 Abs. 1 GG gewinnen. Während die beiden letztgenannten Vorschriften die Rolle und Aufgabe der Rechtsprechung im Rahmen der Gewaltenteilung definieren, gibt der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz dem Einzelnen einen Anspruch darauf, dass sein Fall nach den gleichen, allgemeinen Vorgaben der Methodik entschieden wird.

Das BVerfG verlangt von den Fachgerichten, dass sich deren Rechtsanwendung „innerhalb der Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung“ bewegt.³⁶² Dabei hat sich das Gericht früh darauf festgelegt, dass das Ziel der Auslegung „der im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers“, also die objektive Auslegung des Gesetzes, sei.³⁶³ Um den objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, seien die grammatische, die systematische, die teleologische und die historische Auslegungsmethode „erlaubt“. ³⁶⁴ Deren konkrete Anwendung überlässt das BVerfG grundsätzlich den Fachgerichten,³⁶⁵ wobei aber dem Wortlaut der Norm eine besondere Bedeutung zukomme.³⁶⁶ Die Grenze der methodischen Freiheit der Fachgerichte sei jedoch dort erreicht, wo sich „ihre Auslegung [...] in krassen Widerspruch zu den zur Anwendung gebrachten Normen“ setzt, denn dann „beanspruchen die Gerichte Befugnisse, die von der Verfassung dem Gesetzgeber übertragen sind“. ³⁶⁷ Das BVerfG leitet die verfassungsrechtlichen Grenzen der richterlichen Methodik also vorrangig aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz ab; primäres Ziel der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es, die Usurpation legislativer Kompetenzen durch die Judikative zu unterbinden.

Demgegenüber macht die verfassungsrechtliche Literatur den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, das Demokratieprinzip und das Rechtsstaatsprinzip fruchtbar, um die Grenzen der Rechtsdogmatik zu bestimmen. So wird argumentiert, Art. 3 Abs. 1 GG verlange als Ausfluss des Untermaßverbots ein Minimum an rechtsdogmatischer Methodik, da andernfalls nicht gewährleistet sei, dass die Gesetze gleichheitsgerecht konkretisiert werden.³⁶⁸ Aus demokratietheoretischer Sicht wird eine vom Willen des Gesetzgebers abgekoppelte Rechts-

³⁶² BVerfGE 135, 1, 16 m. w. N.

³⁶³ BVerfGE 1, 299, 312; 8, 274, 307; 10, 234, 244; 11, 126, 130 f. Aus neuerer Zeit BVerfGE 54, 277, 297–299; 62, 1, 45.

³⁶⁴ BVerfGE 11, 126, 130. Siehe auch BVerfGE 93, 37, 81.

³⁶⁵ BVerfGE 128, 193, 209.

³⁶⁶ BVerfGE 13, 261, 268; 20, 283, 293. Allerdings verlangt die Verfassung keine „reine Wortinterpretation“; BVerfGE 88, 145, 166 f.

³⁶⁷ BVerfGE 49, 304, 320; 69, 315, 372; 71, 354, 362 f.; 113, 88, 103; 128, 193, 209; 135, 1, 16. Siehe auch ausführlich unten S. 679 ff.

³⁶⁸ G. Kirchhof/Magen, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? (2012), S. 151, 164. Ähnlich auch Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 456; Michael, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme (1997), S. 223–294; K. F. Röhl/H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 604; Stürner,

dogmatik, die nach einem „objektiven“ Sinn des Gesetzes fragt, als Bruch mit den demokratischen Legitimations- und Kontrollketten angesehen.³⁶⁹ Schließlich wird der Rechtsdogmatik eine zentrale Rolle für den Rechtsstaat zugesprochen,³⁷⁰ basierend auf dem Gedanken, dass eine Gesetzesbindung des Richters letztlich nur über eine Methodenbindung zu erreichen sei.³⁷¹ In diesem Sinne wird von einigen Stimmen im Schrifttum als Ziel der Auslegung allein die subjektiv-historische Auslegung, welche sich am Willen des historischen Gesetzgebers orientiert, für verfassungsgemäß gehalten.³⁷²

c. Verfassungsrecht und regulatorische Rechtsanwendung

Wenn im Folgenden untersucht wird, wie sich diese verfassungsrechtlichen Anforderungen im Bereich einer regulatorischen Rechtswissenschaft auswirken, geschieht dies vor dem Hintergrund, dass die Regulierungsfunktion des Privatrechts als solche verfassungs- und unionsrechtlich nicht nur zulässig, sondern der regulatorische Einsatz des Privatrechts teilweise sogar geboten ist.³⁷³ Daraus folgt, dass es nicht prinzipiell verfassungsrechtlich unzulässig sein kann, Privatrecht regulatorisch – d.h. gerade mit Blick auf dessen tatsächliche Folgen – anzuwenden. Fraglich sind vielmehr allein die Grenzen einer solchen regulatorischen Privatrechtsanwendung. Nach dem eben Gesagten können sich verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsanwendung insbesondere aus dem Gewaltenteilungsgrundsatz, dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben.

Welche Vorgaben aus dem *Gewaltenteilungsgrundsatz* und dem *Demokratieprinzip* für eine regulatorische Rechtsanwendung folgen, hängt weniger von der Unterscheidung zwischen prinzipienbasierter und regulatorischer Rechtsdogmatik ab, als davon, wie man die Aufgabe der Judikative in Abgrenzung zur Legislative definiert.³⁷⁴ Auf den ersten Blick ist die Freiheit zur Folgenberücksichtigung umso stärker beschränkt, je strikter man die Bindung der Rechtsprechung an

JZ 2012, 10, 11. Zur Bedeutung des Gleichheitssatzes für die Methodik siehe auch BVerfGE 67, 245, 255; 71, 354, 362.

³⁶⁹ Rütters, RTh 40 (2009), 253, 279; siehe auch Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 9 f., der allerdings die demokratische Legitimation darin erblickt, dass der rechtsdogmatische Diskurs als „Treuhänder der *volonté générale*“ zu verstehen sei.

³⁷⁰ Plakativ Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 5: „Ohne Rechtsdogmatik gibt es, überspitzt formuliert, keinen Rechtsstaat.“

³⁷¹ Vgl. Hassemer, RTh 39 (2008), 1, 12 f. unter Verweis auf Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung² (1972), S. 124–128. Kritisch dazu Wenzel, NJW 2008, 345, 348.

³⁷² Lembke, Einheit aus Erkenntnis? (2009), S. 276–295; Rütters, RTh 40 (2009), 253, 261–263, 264 f., 274–280.

³⁷³ Siehe oben 2. Teil, S. 173 ff.

³⁷⁴ Siehe dazu grundlegend Simon, Die Unabhängigkeit des Richters (1975).

Gesetz und Recht versteht. Allerdings muss gerade derjenige, der aus demokratie- und gewaltenteilungstheoretischen Gründen eine sehr strenge Bindung des Richters an den gesetzgeberischen Willen befürwortet, konzedieren, dass dieser Wille regelmäßig nicht auf ein bestimmtes technisches Auslegungsergebnis als solches, sondern auf eine bestimmte *Wirkung* der Norm gerichtet ist. Der Gesetzgeber erlässt Gesetze, um damit bestimmte (Regulierungs-)Ziele zu verfolgen, auch im Privatrecht.³⁷⁵ Eine strenge Beachtung von Gewaltenteilung und demokratischer Legitimation des Gesetzes spricht deshalb nicht *gegen*, sondern *für* die regulatorische Rechtsanwendung. So betont etwa *Rüthers*, dass die verfassungsrechtliche Bindung des Richters im Wesentlichen eine Bindung an den *Normzweck* bedeute.³⁷⁶ Das BVerfG hat dagegen bereits früh den Wortlaut der Norm in den Mittelpunkt der Rechtsanwendung gestellt und entschieden, dass eine Orientierung am Willen des Gesetzgebers ausscheide, wenn dieser Wille „im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gekommen“ sei.³⁷⁷ Will der Gesetzgeber mit einer Norm eine bestimmte Wirkung erzielen, kommt diese Intention aber im Gesetzestext nicht zum Ausdruck, soll sie demnach für die Rechtsanwendung unbeachtlich sein. Eine solche Einschränkung erscheint allerdings in dieser Allgemeinheit problematisch. Zunächst ist es widersprüchlich, dass der Rechtsanwender, der erst dabei ist, den Inhalt der Norm zu bestimmen, schon wissen können soll, dass ein bestimmter Wille (also Inhalt) darin nicht zum Ausdruck gekommen ist.³⁷⁸ Aber auch jenseits dessen ist es unter Gewaltenteilungs- und Legitimationsgesichtspunkten nur schwer zu begründen, weshalb der Richter, der – so ist angesichts der Generalität des Arguments gedanklich zu unterstellen – den eindeutigen Willen des Gesetzgebers richtig erkannt hat, die Norm nicht im Sinne dieses Willens anwenden müssen soll.³⁷⁹ Letztlich ist eine solche Beschränkung der Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Willens Ausdruck eines objektiv-teleologischen Gesetzesverständnisses, wie es das BVerfG zugrunde legt.³⁸⁰ Ein solches Verständnis sieht den Richter nur an „das Gesetz“ selbst gebunden und betont die richterliche Unabhängigkeit von den Wertungen des Gesetzgebers.³⁸¹ Die Unzulässigkeit einer regulatorischen Rechtsanwendung folgt

³⁷⁵ Beispiele oben S. 369 bei und in Fn. 255.

³⁷⁶ *Rüthers*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014), S. 75: „Wer Gesetze verfassungsgemäß anwenden will, muß, wenn er den Normtext gelesen hat, nach den Verfassungsvorgaben der Art. 1, 20 Abs. 3 und 97 Abs. 1 GG bei jeder Auslegung des Wortlauts zunächst immer zu erkennen versuchen, was die Gesetzgebung mit dem Erlaß der anzuwendenden Vorschrift erreichen wollte. Er muß also nach dem *Normzweck*, dem *rechtspolitischen Regelungsziel* der Vorschrift fragen. Das ist der unabdingbar notwendige *erste*, nicht der *letzte* Schritt der Gesetzesanwendung.“ (Hervorhebung im Original).

³⁷⁷ BVerfGE 11, 126, 129; 13, 261, 268.

³⁷⁸ Dazu und darüber hinausgehend zur Bedeutung des Wortlauts *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 526–538.

³⁷⁹ Siehe aber auch BVerfGE 35, 263, 278, wonach der Richter nicht an den Wortlaut, sondern an „Sinn und Zweck“ des Gesetzes gebunden sei.

³⁸⁰ Siehe Nachweise S. 397, Fn. 363.

³⁸¹ *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (1975), S. 73 f. Dies ist gerade der Hauptkri-

daraus aber nicht. Es stellt sich dann vielmehr die Frage, ob bestimmte Steuerungsziele im Gesetz selbst angelegt sind.

An dieser Stelle vereinigen sich die strenge und die großzügige Sichtweise der richterlichen Unabhängigkeit, denn auch aus Sicht einer strengen Richterbindung stellt sich die Frage, welche Vorgaben aus Demokratieprinzip und Gewaltenteilung für die Fälle folgen, in denen sich der Gesetzgeber gar nicht oder nicht eindeutig zu den angestrebten Folgen eines Gesetzes geäußert hat. Die Antwort lautet, dass die Zivilgerichte das Privatrecht auch in diesen Fällen regulatorisch anwenden dürfen, sofern sich ein Regulierungsziel – ähnlich wie bei der objektiv-teleologischen Auslegung – aus dem Gesamtzusammenhang des (folgenorientiert verstandenen) Teilrechtsgebiets schlüssig herleiten lässt. Da die Rechtsprechung in Art. 92 GG ausdrücklich als eigene Form der Staatsgewalt anerkannt ist, benötigt sie nicht zwingend ein ausdrücklich parlamentarisch verfolgtes Ziel, um regulatorisch tätig werden zu dürfen. Die Rechtfertigung des staatlichen Gewaltmonopols mit der staatlichen Steuerung durch Rechtsgewährleistung³⁸² steht nicht unter der Bedingung eines parlamentarisch geäußerten Regulierungswillens. Anders gewendet: Es ist der Staat, der zur Regulierung berechtigt und ggf. verpflichtet ist, nicht zwingend der Gesetzgeber. Hat der Gesetzgeber eindeutig regulatorisches Privatrecht erlassen, hat die im Gesetz niedergelegte Steuerungsintention Anteil am „Vorrang des Gesetzes“ und ist deshalb für die Gerichte beachtlich; fehlt dagegen ein ausdrücklich geäußertes Regulierungsziel, kann die Rechtsprechung als „Dritte Gewalt“ im Rahmen eines übergreifenden gesetzlichen Konzepts selbst zur Regulierung ermächtigt sein.³⁸³ Klassisches Beispiel einer Regulierung durch die Rechtsprechung ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das nicht nur darauf abzielt, im Einzelfall die Interessen „gerecht“ abzuwägen, sondern bestimmte Verhaltensweisen aus Gründen zu sanktionieren, die über das Interesse der konkret benachteiligten Partei hinausreichen. Regulierung und damit eine regulatorische Methodik sind Bestandteile des geltenden Privatrechts und dürfen nicht nur, sondern müssen von den Gerichten deshalb bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Beruft man sich dagegen auf das *Rechtsstaatsgebot*, ist die Beschränkung der Folgenberücksichtigung auf solche Ziele, die „im Gesetz zum Ausdruck gekommen sind“, scheinbar damit zu begründen, dass der Rechtsunterworfenen auch ohne Studium der Gesetzesmaterialien in der Lage sein muss, den Inhalt des Gesetzesbefehls zu erkennen. Ein solches Argument beruht aber nicht nur auf einem sehr naturalistischen, nahezu naiven Verständnis der Wirkung von Gesetzen,³⁸⁴

tikpunkt von Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat (2014), S. 89–94 an der objektiven Auslegung.

³⁸² Siehe dazu bereits oben S. 370 f.

³⁸³ Ausführlich zu den Grenzen regulatorischer Rechtsfortbildung unten S. 674 ff.

³⁸⁴ Überzeugend Baden, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 66: „Die Zielgruppe des Gesetzes ist [...] nicht nach der Wunschkonstruktion zu bestimmen, wer das Gesetz lesen sollte, sondern anhand realistischer Einschätzung, wer mit dem

sondern lässt vor allem außer Acht, dass sich der Inhalt des Privatrechts von einem Laien nur selten durch ein Gesetzesstudium richtig erfassen lässt.³⁸⁵ So war die Existenz von positiver Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – also der zwei wohl wichtigsten Haftungstatbestände des Vertragsrechts – über 100 Jahre lang aus einer Lektüre des BGB nicht zu entnehmen, ohne dass sich ein Haftpflichtiger deshalb auf die mangelnde Vorhersehbarkeit der Haftung hätte berufen können. Die mangelnde Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen aus einer reinen Lektüre des Gesetzestextes erkennt auch das BVerfG implizit an, wenn es „die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse“ explizit „zu den Aufgaben der Dritten Gewalt“ rechnet.³⁸⁶ Damit steht auch das Rechtsstaatsgebot einer regulatorischen Rechtsmethodik, die sich nicht auf eindeutig geäußerte und im Gesetz inkorporierte gesetzgeberische Regulierungsziele beschränkt, nicht entgegen.

Auf größere Schwierigkeiten scheint die regulatorische Rechtsanwendung dagegen beim *allgemeinen Gleichheitsgrundsatz* zu stoßen. Es wirkt wie ein offener Verstoß gegen das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit, wenn z. B. in bestimmten, vom Tatbestand einer Norm erfassten Fällen die an sich vorgesehene Rechtsfolge mit Blick auf deren tatsächliche Folgen eingeschränkt oder sogar gänzlich versagt wird. Allerdings ist eben dies auch die Konsequenz einer teleologischen Reduktion, die sich gleichheitsrechtlich mit Blick auf die unterschiedliche Interessenlage ohne weiteres rechtfertigen lässt.³⁸⁷ Die gleichheitsrechtliche Einordnung regulatorischer Rechtsanwendung kann daher nicht pauschal vorgenommen werden, sondern entscheidend ist einerseits, nach welchem Maßstab sich das Gleichheitsurteil richtet, andererseits, unter welchen Voraussetzungen sich Ungleichbehandlungen rechtfertigen lassen.

Art. 3 Abs. 1 GG besagt nur, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, sagt aber nichts darüber aus, wann und unter welchen Gesichtspunkten Sachverhalte gleich oder ungleich sind. Da Lebenssituationen niemals in jeder Hinsicht gleich sind,³⁸⁸ ist eine Wertung erforderlich, hinsichtlich welcher Eigenschaften die Gleichheit/Ungleichheit verfassungsrechtlich relevant sein soll.³⁸⁹ Zudem lässt sich als Rechtsfolge des Gleichheitssatzes, je nach Kontext, sowohl das Konzept einer anfänglichen Chancengleichheit begründen als auch das

Gesetz arbeiten *wird*. Mit diesem Postulat ist die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit (im herkömmlichen, ‚naiven‘ Sinne) nicht mehr zu vereinbaren.“ (Hervorhebung im Original, Fn. weggelassen). Siehe dazu auch bereits die kurzen Hinweise oben S. 375 f. mit Fn. 281.

³⁸⁵ Weiterführend zur Bedeutung des Wortlauts für Laien einerseits und Fachjuristen andererseits Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 294–298.

³⁸⁶ BVerfGE 96, 375, 394.

³⁸⁷ Zur Rechtfertigung der teleologischen Reduktion aus dem Gebot, „Ungleiches ungleich zu behandeln“, siehe nur Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 211.

³⁸⁸ Dies legt auch das BVerfG zugrunde; vgl. BVerfGE 273, 280; 13, 181, 202; 13, 225, 228.

³⁸⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte (1986), S. 362 f.

einer Erfolgsgleichheit.³⁹⁰ Verglichen werden können also sowohl die Ausgangsumstände, mit der Folge, dass bei gleichem Sachverhalt die gleiche Rechtsfolge eingreifen muss, als auch die Zustände, die infolge der Anwendung/Nichtanwendung einer Rechtsnorm eintreten, dann geht es also um die Frage, ob die tatsächlichen Folgen der Rechtsanwendung in zwei Konstellationen gleich sind.

Im ersten Fall liegt der Schwerpunkt darauf, dass formell die gleiche Rechtsfolge eintritt, auch wenn diese aufgrund der tatbestandlich nicht erfassten tatsächlichen Unterschiede ganz verschiedene tatsächliche Wirkungen entfaltet. So kann etwa gemäß § 475 Abs. 1 S. 1 BGB ein als Privatmann handelnder Käufer beim Kauf einer Sache von einem Unternehmer nicht rechtswirksam auf die Gewährleistung verzichten, selbst wenn er im konkreten Einzelfall aufgrund besonderer Umstände – etwa seiner beruflichen Kenntnisse – die Risiken der Sache weitaus besser einschätzen kann als andere Käufer (oder selbst der Verkäufer). Dagegen wird im zweiten Fall die Gleichstellung dadurch bewirkt, dass eine bestimmte Rechtsfolge nur eintritt, wenn und soweit dies erforderlich ist, um den konkret Berechtigten in eine Position zu versetzen, in der sich andere bereits ohne eine entsprechende Handlung des Verpflichteten befinden. So ist etwa nach ständiger Rechtsprechung der Verkäufer gegenüber dem Käufer über solche Umstände zur Aufklärung verpflichtet, die den dem Verkäufer bekannten konkreten Vertragszweck des Käufers gefährden können,³⁹¹ d.h. er darf dieselben Umstände gegenüber einem Käufer, der einen abweichenden Zweck (etwa beim Kauf eines Grundstücks) verfolgt, verschweigen. Maßstab des Vergleichs ist damit nicht der Tatbestand (Unkenntnis des Käufers), sondern die Folge (Kenntnis des Käufers von den für ihn subjektiv relevanten Umständen).

Die Wahl des Vergleichsmaßstabs ist also keineswegs zwingend vorgegeben – das Privatrecht hätte in den beiden genannten Beispielen auch genau umgekehrt anknüpfen können, denn die Wertung, welche Umstände relevant sein sollen, obliegt nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich dem Gesetzgeber.³⁹² Der allgemeine Gleichheitssatz erfordert von der rechtsdogmatischen Methodik nur ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit, d.h. logischer Konsistenz, gibt aber nicht die Sachgesichtspunkte dieser Vergleichbarkeit (Prinzipien oder Folgen) zwingend vor.

Darüber hinaus kann die Folgenorientierung ein Gesichtspunkt sein, der eine sachliche Rechtfertigung für die Abweichung vom Grundprinzip liefert.³⁹³ Eine solche Rechtfertigung gelingt jedenfalls dann, wenn die Folgen – wie nach

³⁹⁰ Für den Versuch einer umfassenden Systematisierung der Gleichheitsziele für die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG siehe *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 3 Abs. 1 Rn. 22–119. Die Autoren sprechen sich etwa für ein „egalitäres Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum“ aus, welches dort, wo es fehlt, zu schaffen sei (aaO., Rn. 69), im Bildungsbereich treten sie dagegen für eine „Rechtsgleichheit der Startchancen und Förderungschancen (nicht der Zielchancen)“ ein (aaO. Rn. 91).

³⁹¹ Siehe nur BGH NJW 2001, 2163, 2164 m. w. N.

³⁹² Siehe Nachweise S. 401, Fn. 388.

³⁹³ Dazu bereits ausführlich oben S. 297 f.

den geprüften Maßstäben regelmäßig der Fall – aufgrund sonstiger verfassungsrechtlich zulässiger methodischer Wertungen in die Rechtsanwendung einfließen dürfen.

Nachdem die verfassungsrechtlichen Grundlagen geklärt sind, kann im Folgenden die Ausgestaltung einer regulatorischen Rechtsdogmatik genauer betrachtet werden.

3. Regulatorische Rechtsdogmatik

Die Bedeutung der Folgenorientierung für die Rechtsdogmatik war bereits mehrfach Gegenstand rechtswissenschaftlicher Debatten. In den 1970er Jahren beschäftigte sich insbesondere die soziologische Rechtswissenschaft mit der folgenorientierten Rechtsanwendung,³⁹⁴ seit den 1980er Jahren nahm sich die ökonomische Analyse des Rechts des Themas an.³⁹⁵ Daneben ist die Folgenberücksichtigung sowohl unter funktionalen Gesichtspunkten³⁹⁶ als auch aus verhaltenswissenschaftlicher Perspektive³⁹⁷ beleuchtet worden. Trotz dieser umfangreichen Debatten und des Umstands, dass die Folgenorientierung in der gerichtlichen Praxis und in der Wissenschaft de facto eine wichtige Rolle spielt,³⁹⁸ hat sie sich bislang noch keine gesicherte Stellung in der Methodik der Rechtsdogmatik erkämpfen können. Der Hauptgrund dafür besteht darin, dass die folgenorientierte Analyse des Rechts in

³⁹⁴ Siehe z. B. *Podlech*, AöR 95 (1970), 185 ff.; *Winter*, RTh 2 (1971), 171 ff.; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung² (1972), S. 145–149 und passim; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft (1973), S. 168–208 und passim; *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217 ff.; *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung (1974), S. 207–244; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung² (1976), S. 331–338 (Nachwort zur 2. Aufl.); *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht (1977), S. 90–126 und passim; *Wälde*, Juristische Folgenorientierung (1979); *Rottleuthner*, ARSP Beiheft Nr. 13 (1980), S. 97 ff.; *Schlink*, Der Staat 19 (1980), 73, 103–105; *Hassemer*, in: FS Coing (1982), Bd. I, S. 493 ff.; *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 227–236. Gegen eine folgenorientierte Rechtsdogmatik insbesondere *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (1974), S. 31–48.

³⁹⁵ Siehe zunächst *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (1985); *Bebrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 21–30, 38 und passim; *Schäfer / Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts¹ (1986), S. 14 f. und passim. Aus neuerer Zeit etwa *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip³ (2005) (1. Aufl. 1995); *Francke*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre³ (2015), § 5; *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37 ff.; *ders.*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre² (2010), § 5; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 154–159.

³⁹⁶ Siehe etwa *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995); *Tröger*, in: Hopt / Tzouganatos (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen (2014), S. 297 ff.

³⁹⁷ *F.-H. Schmidt*, Verhaltensforschung und Recht (1982); *Fikentscher*, in: Hof / Kummer / Weingart u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten (1994), S. 165 ff.; *Wickler / Fikentscher*, RTh 30 (1999), 69 ff.; siehe auch (mit ökonomischem Hintergrund) *Engel*, in: Engel / Englerth / Lüdemann u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten (2007), S. 363 ff.

³⁹⁸ Dazu bereits *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung² (1976), S. 332 (Nachwort zur 2. Aufl.).

einem streng verstandenen prinzipienbasierten Privatrechtskonzept keinen Platz hat.³⁹⁹ Um der Folgenorientierung einen gesicherten Status in der Rechtsdogmatik einzuräumen, bedarf es deshalb nicht nur des Bekenntnisses zu einem Privatrecht, das Prinzipien und Folgen kombiniert,⁴⁰⁰ sondern einer Erklärung, wie diese Kombination *konkret* aussehen soll. Dazu genügt es nicht, in wissenschaftlichen Abhandlungen die Notwendigkeit der Folgenanalyse zu betonen und hinsichtlich der Einzelheiten auf eine bestimmte Sozialwissenschaft oder insgesamt auf die Sozialwissenschaften zu verweisen. Es ist vielmehr Aufgabe der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik, dem Rechtsanwender die für die praktische juristische Tätigkeit einschlägigen sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse zugänglich zu machen und ihm vor allem auch aufzuzeigen, auf welche Weise sie in die Rechtsanwendung integriert werden können.⁴⁰¹ Dies soll hier mithilfe des Konzepts der Regulierung versucht werden, das Grundlage einer regulatorischen Rechtsdogmatik sein kann. Im Folgenden wird untersucht, wie genuin rechtswissenschaftliche Beiträge zu einer regulatorischen Rechtsdogmatik aussehen könnten, während die konkrete regulatorische Rechtsanwendung erst bei den Konsequenzen des Regulierungsansatzes für die privatrechtliche Praxis behandelt wird.⁴⁰²

Um die Rechtsdogmatik an die Regulierung heranzuführen, erscheint es sinnvoll, von der bestehenden Struktur der Rechtsdogmatik auszugehen.⁴⁰³ Deshalb ist zunächst zu untersuchen, für welche Fragestellungen eine regulatorische Methodik hilfreich sein kann und wie sich diese zur hergebrachten Auslegung und Rechtsfortbildung verhält. Daran anschließend soll untersucht werden, welche Voraussetzungen die wissenschaftliche Rechtsdogmatik schaffen muss, damit interdisziplinäre Erkenntnisse in der praktischen regulatorischen Rechtsanwendung eingesetzt werden können.

a. Fragestellungen einer regulatorischen Rechtsdogmatik

Betrachtet man die Fragestellungen der regulatorischen im Vergleich zur klassischen Rechtsdogmatik, lassen sich unterschiedliche Abstraktionsebenen unterscheiden.

³⁹⁹ Siehe oben S. 367 ff.

⁴⁰⁰ So etwa Tröger, in: Hopt/Tzouganatos (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen (2014), S. 297, 302.

⁴⁰¹ Die Aufbereitung fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Rechtswissenschaft als Vorstufe für deren Anwendung in der Praxis hat durchaus Tradition. So geht z.B. die Einteilung des subjektiven Tatbestands der Willenserklärung in Handlungs-, Erklärungs- und Geschäftswille auf eine Rezeption von Erkenntnissen der (damaligen) Psychologie durch die Rechtswissenschaft Ende des 19. Jahrhunderts zurück; siehe insbesondere Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879), S. 14–196.

⁴⁰² Dazu unten S. 646 ff.

⁴⁰³ Vgl. auch den Ansatz von Albert, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft (1993), S. 32–36.

aa. Fragen der Normanwendung

Auf einer ersten Ebene geht es darum, mittels welcher Fragestellung sich die Dogmatik der konkreten Rechtsanwendung nähert. Die herkömmliche Rechtsdogmatik ist auf dieser Stufe auf die Auslegung einer konkreten Norm (sei es des Gesetzesrechts oder des ungeschriebenen Rechts) für den konkreten Einzelfall ausgerichtet. Ihre Grundfragestellung lautet also, welche Handlungsanweisung aus einer Norm angesichts eines konkreten Sachverhalts folgt.⁴⁰⁴ Demgegenüber geht es bei der regulatorischen Rechtsanwendung um die Grundfrage, welche tatsächlichen Folgen eintreten, wenn eine Norm in einer bestimmten Weise angewendet wird.

Ein erster wichtiger Unterschied zwischen diesen beiden Fragestellungen besteht darin, dass die regulatorische Rechtsanwendung nicht nur und nicht primär nach den Konsequenzen für den konkreten Sachverhalt, sondern insbesondere auch nach den Handlungsanreizen fragt, die von der Rechtsanwendung für am Fall unbeteiligte Dritte ausgehen.⁴⁰⁵ Damit ändern sich – noch völlig unabhängig von der Frage der anzuwendenden Methodik – die tatsächlichen Umstände, die der Rechtsanwender seiner Entscheidung zugrunde legen muss. Während er im Rahmen der herkömmlichen Dogmatik nur zu wissen braucht, was sich tatsächlich zugetragen hat, benötigt er für die regulatorische Dogmatik (zusätzlich) Informationen dazu, welche Verhaltensanreize von einer bestimmten Rechtsanwendung zu erwarten sind. Im ersten Fall ist also ein „Sachverhalt“ zu konstruieren,⁴⁰⁶ im zweiten Fall ist dagegen die Lage des Rechtsunterworfenen zu einer „typischen Situation“ unter Einschluss der sich dabei üblicherweise ergebenden Handlungsanreize zu verallgemeinern.

Ein zweiter Unterschied zwischen den beiden Herangehensweisen ergibt sich daraus, dass die regulatorische Dogmatik stets in Alternativen denkt.⁴⁰⁷ Die Frage nach den Folgen der Rechtsanwendung ist nur sinnvoll, wenn es auch die Möglichkeit gibt, das Recht anders – das heißt im vorliegenden Zusammenhang: so, dass davon andere Anreizwirkungen ausgehen – anzuwenden. Diese Voraussetzung der regulatorischen Rechtsanwendung scheint auf den ersten Blick mit

⁴⁰⁴ Dies gilt auch für die so genannte objektiv-teleologische Auslegung; vgl. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 454 f.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen³ (1999), S. 177. Es mag zwar sein, dass auch die objektiv-teleologische Auslegung ein Element der Folgenberücksichtigung enthält – so *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 232 –, dieses ist aber auf den konkreten Sachverhalt und nicht auf die Anreizwirkungen für unbeteiligte Dritte ausgerichtet.

⁴⁰⁵ *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht (1977), S. 101–103 unterscheidet im Bereich der von den „Rechtsfolgen“ abgegrenzten „Entscheidungsfolgen“ zwischen „Individualfolgen“ (auf Ebene der Verfahrensbeteiligten) und darüber hinausreichenden „Sozialfolgen“. Letztere stehen im Mittelpunkt der regulatorischen Rechtsdogmatik.

⁴⁰⁶ Siehe dazu *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 99–131.

⁴⁰⁷ Siehe dazu (im Kontext der ökonomischen Analyse) *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 21–30; *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37, 43 f. Siehe auch allgemein *Rödig*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz (1969).

dem gängigen Postulat der klassischen Dogmatik zu kollidieren, demzufolge es auf jede rechtliche Frage nur eine richtige Antwort gibt.⁴⁰⁸ Tatsächlich lässt sich die regulatorische Methodik aber auch mit diesem Anspruch vereinbaren – wenn man dies als für die Rechtsdogmatik wesentlich ansieht –, denn im Rahmen einer umfassenden Dogmatik bestimmt erst die normative Bewertung der alternativ möglichen Folgen darüber, in welcher Weise die Norm angewendet werden soll,⁴⁰⁹ spricht welche Rechtsanwendung die (einzig) „richtige“ ist.⁴¹⁰

Drittens – und in engem Zusammenhang mit dem vorherigen Aspekt stehend – ist im Rahmen einer regulatorischen Rechtsdogmatik zu untersuchen, welche Handlungsanreize in der „typischen Situation“ ohnehin bereits bestehen, um abschätzen zu können, ob die Anwendung der infrage stehenden Norm überhaupt notwendig ist, um das Verhalten des Adressaten wunschgemäß zu beeinflussen, oder ob die Normanwendung im Gegenteil sogar kontraproduktive Effekte entfalten würde. Dazu müssen die Interessen der an einer „typischen Situation“ beteiligten Personen untersucht werden, um daraus die typisierten Anreize zu gewinnen.⁴¹¹

bb. Fragen der Systembildung

Während bislang Fragestellungen im Rahmen der konkreten Rechtsanwendung untersucht wurden, betrifft die zweite Abstraktionsstufe die Frage, wie die auf der ersten Stufe erzielten Resultate zueinander ins Verhältnis zu setzen und zu generalisieren sind. Die klassische Dogmatik untersucht dazu, wie sich die einzelnen Normen zu einem rational organisierten Gesamtsystem zusammenfügen lassen, aus dem sodann wieder Maßstäbe für die Auslegung einer Einzelnorm abgeleitet werden können. Demgegenüber fragt die regulatorische Rechtsdogmatik auf dieser Stufe nach generellen Gesetzmäßigkeiten, die eine Erklärung dafür bieten können, wie sich bestimmte rechtliche Vorgaben auf die Anreize der Regulierungsadressaten auswirken.⁴¹²

⁴⁰⁸ So insbesondere *Dworkin*, in: FS H.L.A. Hart (1977), S. 58 ff.; a. A. z. B. *Poscher*, JZ 2013, 1 ff. Siehe auch bereits oben S. 363 mit Fn. 221.

⁴⁰⁹ Es erscheint wenig zielführend, darüber zu diskutieren, ob ein Entscheidungsspielraum, der Raum für eine folgenbezogene Entscheidungsfindung lässt, nach Anwendung der herkömmlichen Auslegungskanonens verbleibt – so etwa *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 228 f.; siehe auch *Rottleuthner*, ARSP Beiheft Nr. 13 (1980), S. 97, 110 –, denn wenn der Folgenorientierung *normative* Bedeutung zukommen soll, muss sie als Teil der Auslegungs- bzw. Rechtsanwendungsmethodik begriffen werden und determiniert daher das Ergebnis auf gleicher Ebene wie die konventionelle Auslegung.

⁴¹⁰ Der Umstand, dass ein solches Urteil falsifizierbar ist, wenn sich in der Realität zeigt, dass die erwarteten Folgen tatsächlich nicht eintreten, spricht nicht gegen die Richtigkeit dieses Arguments, sondern belegt nur die Möglichkeit eines Fehlurteils, welches aber auch im Rahmen eines rein logischen Auslegungssystems stets gegeben ist.

⁴¹¹ *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37, 43 spricht von dem „durchschnittlichen Akteur“.

⁴¹² Das Konzept der Anreize ist bewusst simpel und eindimensional gehalten, um als Grundlage einer praxistauglichen Theorie zu dienen (krit. zu einem solchen Vorgehen *Tröger*, in: Hopt / Tzouganatos (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderun-

Um verstehen zu können, wie rechtlich gesetzte Anreize wirken, ist es in einem ersten Schritt erforderlich, Grundformen der Verhaltensbeeinflussung durch Normen zu identifizieren. Rechtliche Normen, die Verhaltensanreize setzen sollen, werden unterschiedliche Erfolgsbedingungen haben, je nachdem, ob es z. B. darum geht, gewinnorientiertes, selbstsüchtiges Verhalten zu begrenzen oder Menschen darin zu bestärken, altruistisch zu handeln. Der Vorteil einer solchen Generalisierung von Anreiztypen besteht darin, dass sie helfen kann, empirische Erkenntnisse, die in einem konkreten Anwendungsfall gewonnen wurden, in strukturell vergleichbaren Regelungsbereichen fruchtbar zu machen.

Zweitens kann man untersuchen, nach welchen sozialen Gesetzmäßigkeiten der durch die betreffenden Normen regulierte Lebensbereich grundsätzlich funktioniert. So dominiert auf Märkten und im Wirtschaftsleben die Gewinnerzielungsabsicht, während etwa Familien durch gegenseitige Fürsorge geprägt sind. Eine solche Untersuchung ist wichtig, um generelle Ziele der regulatorischen Intervention durch die Gesamtheit der anwendbaren Normen in einem bestimmten Lebensbereich zu identifizieren und damit z. B. kontradiktorische Anreizwirkungen unterschiedlicher Regelungen zu vermeiden.

Schließlich muss die regulatorische Rechtsdogmatik von Zeit zu Zeit evaluieren, ob sich ihre Annahmen über die Anreizwirkungen der Rechtsanwendung in der Realität bewahrheiten. Dabei geht es nicht nur um den Fall der klassischen Fehlannahme, sondern auch darum, ob sich der regulierte Lebensbereich durch sonstige Umstände so verändert hat, dass auch von einer veränderten Anreizstruktur ausgegangen werden muss.⁴¹³ Die regulatorische Rechtsdogmatik ist deshalb notwendigerweise in einem steten Selbstverbesserungsprozess begriffen.

gen (2014), S. 297, 303). Selbstverständlich könnte man auch danach fragen, wie sich Normen auf das Verhalten von Menschen auswirken. Das Verhalten und die menschliche Motivation sind aber höchst individuell und einzelfallabhängig. Für eine praktisch ausgerichtete Theorie erscheint es daher vorzugswürdig, sich auf die durch das Recht erzeugten Anreize zu konzentrieren. Diese werden im Regelfall zu dem erwünschten Verhalten führen, sofern die betreffende Person für derartige Anreize grundsätzlich empfänglich ist (einen Sterbenden kann man z. B. nicht durch die Androhung der Todesstrafe beeinflussen) und im Einzelfall keine stärkeren entgegenstehenden Anreize bestehen. Allein diese wenigen Rahmenannahmen erlauben bereits eine relativ differenzierte Auseinandersetzung mit der Steuerung menschlichen Handelns durch das Recht. Zur Notwendigkeit pragmatischer Ansätze siehe auch S. 411 ff.

⁴¹³ Beispiel: Solange es keine Managerhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) gibt, kann man davon ausgehen, dass eine persönliche Haftung von Unternehmensleitern eine erhebliche Abschreckungswirkung entfaltet. Treten dann erstmals D&O-Versicherer auf und schließen die meisten Unternehmen für ihre Manager eine entsprechende Versicherung ab, ist zu untersuchen, wie sich dadurch die Anreize verändern und ob deshalb ggf. eine Anpassung des Haftungsrechts oder sonstige Maßnahmen (z. B. ein zwingender Selbstbehalt) erforderlich sind, um die Abschreckungswirkung aufrecht zu erhalten.

cc. Fragen der Wertung

Auf einer dritten Ebene unterscheiden sich prinzipienbasierte und regulatorische Rechtsdogmatik schließlich durch die entscheidungsbegründenden Kriterien. Diese ergeben sich für die prinzipienbasierte Dogmatik aus den Auslegungskanonens, also einerseits dem Werk des Gesetzgebers, wie es sich nach Wortlaut und Systematik und im Lichte des Willens des historischen Gesetzgebers darstellt, andererseits aus den „objektiven Zielen des Gesetzes“, die mittels Argumentationsfiguren wie der „Natur der Sache“, der Vermeidung von Wertungswidersprüchen oder der ausgleichenden Gerechtigkeit zur Grundlage des Gesetzesverständnisses gemacht werden.⁴¹⁴ Die regulatorische Rechtsdogmatik fragt demgegenüber danach, welches Regulierungsziel mit der Norm verfolgt wird, welche tatsächlichen Folgen die Rechtsanwendung also generieren soll. Dazu kann sie ebenfalls auf der einen Seite die Regulierungsziele des Gesetzgebers (die Regulierungsintention)⁴¹⁵ ergründen und zu diesem Zweck insbesondere die Gesetzesmaterialien, aber auch sonstige Informationsquellen zu den Beweggründen und Zielen Gesetzgebers heranziehen,⁴¹⁶ auf der anderen Seite kann sie Regulierungsziele aus dem Kontext des entsprechenden Lebensbereichs, den herrschenden sozialen Vorstellungen und Wertungen oder einer übergeordneten Theorie über die Aufgaben des Privatrechts im Allgemeinen oder in einem bestimmten Lebensbereich herleiten.⁴¹⁷ Auf dieser Ebene ähneln sich die Fragestellungen der prinzipienbasierten und der regulatorischen Rechtsdogmatik.⁴¹⁸ Der wesentliche Unterschied besteht in ihrem Bezugspunkt, hier die Bedeutung der Norm, dort ihr Regulierungsziel.

Während die herkömmliche Rechtsdogmatik danach fragt, nach welchen Kriterien ein Gesetz auszulegen ist, wenn es an einem explizit geäußerten Willen des historischen Gesetzgebers fehlt oder dieser aufgrund Zeitablaufs und veränderter Umstände nicht mehr relevant erscheint, untersucht die regulatorische Dogmatik, welcher Maßstab in der gleichen Situation angemessen ist, um die in der Realität des gerichtlichen Entscheidens unausweichlichen Anreizwirkungen der Gesetzesanwendung zu bewerten und so die Wahl zwischen zwei oder mehreren alternativen Normanwendungen anzuleiten. Ein wichtiger Bezugspunkt ist dabei erneut der regulierte Lebensbereich und seine sozialen Gesetzmäßigkeiten. So könnte man aus einer Untersuchung der Lebensbereiche etwa ableiten, dass familienrechtliche Regulierungen grundsätzlich darauf abzielen sollten, den Zusammenhalt der Familie und die eigenverantwortliche Wahrnehmung der notwen-

⁴¹⁴ Siehe zu den Aspekten der objektiv-teleologischen Auslegung *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 153–159.

⁴¹⁵ Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung² (1972), S. 124, der den Ausdruck „*intentio legis*“ aber in einem engeren Sinne verwendet und die Folgen als Teil der *ratio legis* bezeichnet; aaO., S. 146.

⁴¹⁶ Vgl. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 164 f.

⁴¹⁷ Zur Legitimation eines derartigen Vorgehens siehe unten S. 674 ff. und S. 688 ff.

⁴¹⁸ Vgl. *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37, 46.

digen Aufgaben zu fördern, während man gleichzeitig in bestimmten Bereichen der Wirtschaftsregulierung eine engmaschige rechtliche Verhaltenssteuerung für angemessen halten kann.

b. Verhältnis von Regulierung und Auslegung

Im Mittelpunkt der regulatorischen Rechtsanwendung steht die Frage, welche tatsächlichen Wirkungen eintreten *würden*, wenn eine Rechtsnorm einen bestimmten Inhalt *hätte*, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie einen solchen oder einen alternativen Inhalt haben *soll*.⁴¹⁹ Damit wird deutlich, dass die regulatorische Dogmatik in wesentlicher Hinsicht auf der prinzipienbasierten Methodik aufbaut, denn erst diese kann die alternativ möglichen Inhalte der Norm durch Auslegung oder Rechtsfortbildung liefern, deren unterschiedliche Folgen miteinander zu vergleichen sind. Allein aus der Untersuchung der Folgen lässt sich der Inhalt einer Norm nicht normativ begründen, sondern lediglich bewerten. Deshalb bilden Auslegung und zulässige Rechtsfortbildung als (auch) verfassungsrechtlich vorgegebener Rahmen⁴²⁰ die Grenze der regulatorischen Rechtsanwendung. Mag eine bestimmte tatsächliche Folge, speziell eine Anreizwirkung, unter wertender Betrachtung auch noch so wünschenswert erscheinen, kann sie doch nur in der Rechtsanwendung verwirklicht werden, wenn sie grundsätzlich mit den Methoden der Auslegung oder der Rechtsfortbildung im Rahmen des geltenden Rechts gerechtfertigt werden kann.⁴²¹

Allerdings hat die Einführung des Regulierungskonzepts auch für die klassische Rechtsdogmatik wichtige Konsequenzen. Denn die regulatorische Rechtsdogmatik beansprucht, selbst normative Kriterien für die Rechtsanwendung zu liefern, also das Ergebnis der Rechtsanwendung und damit auch der Auslegung zu beeinflussen. Die Auslegung ist erst dann beendet, wenn auch die Regulierungswirkung hinreichend berücksichtigt worden ist.⁴²² *Steindorff* hat bereits 1973 ausgeführt:

Wenn es wesentlich die Gestaltung tatsächlicher Verhältnisse ist, worauf eine Rechtsnorm abzielt, dann ist es von dieser Aufgabe her allein zweckgerecht, die tatsächliche Erreichung des Gestaltungszwecks zum dominierenden Gesichtspunkt der Auslegung zu machen und die Bedeutung der ihm dienenden Tatbestandsmerkmale auf das Dienen zu beschränken und damit dort zurücktreten zu lassen, wo sie dem Gestaltungszweck im Wege stehen würden.⁴²³

⁴¹⁹ Insoweit abweichend der Ansatz von *Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft (1993), S. 12, demzufolge die von ihm so genannten „technologischen Aussagensysteme“ „dem Handelnden allerdings nicht [sagen], was er tun soll, sondern eben nur, was er tun kann oder was er tun muß, um bestimmte Ziele zu erreichen.“

⁴²⁰ Siehe oben S. 398 ff.

⁴²¹ Vgl. *Albert*, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft (1993), S. 10; *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht (1977), S. 111.

⁴²² Siehe bereits oben S. 406, Fn. 409.

⁴²³ *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 235 (dort beschränkt auf das Wirtschaftsrecht).

Die Auslegung ist kein Selbstzweck, sondern dient dazu, die *ratio legis* zu verwirklichen.⁴²⁴ Die folgenorientierte Rechtsdogmatik zeigt, dass die *ratio legis* häufig eine Regulierungsintention umfasst, die es durch die Rechtsanwendung zu verwirklichen gilt.

Der folgenorientierten Rechtsdogmatik stellt sich vor diesem Hintergrund die zentrale Frage, in welchen Fällen die Auslegung einer privatrechtlichen Norm allein nach der klassischen Rechtsdogmatik erfolgen und in welchen Konstellationen sie um die skizzierten Komponenten der folgenorientierten Dogmatik ergänzt werden soll.

Hier wird vorgeschlagen, die Unterscheidung an den rechtstheoretischen Funktionen der Norm auszurichten, wie sie weiter oben entwickelt wurden.⁴²⁵ Demnach sollte das Instrumentarium der regulatorischen Rechtsdogmatik auf regulatorische Privatrechtsnormen zur Anwendung kommen, während interessenausgleichende (und andere) Normen nach den herkömmlichen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsgrundsätzen konkretisiert werden sollten. Zwar gehen auch von interessenausgleichenden Normen Verhaltensanreize aus, diese beschränken sich aber zumeist darauf, das eigene Verhalten dem durch die Normauslegung ermittelten Standard anzupassen – also z. B. auf der rechten Straßenseite zu fahren bzw. Autos zu konstruieren, bei denen sich das Lenkrad auf der linken Seite befindet, oder bei Verkäufen an unter Achtzehnjährige sich die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nachweisen zu lassen. Um das Ziel eines interessenausgleichenden Gesetzes zu verwirklichen, ist es deshalb nicht notwendig, die Anreizwirkungen eigens für die Normanwendung zu berücksichtigen. Demgegenüber zielen regulatorische Normen gerade darauf ab, ein über die bloße Gesetzesbefolgung hinausgehendes Steuerungsziel zu erreichen, so dass die Berücksichtigung dieses Ziels die Art und Weise der Rechtsanwendung verändert.

Die Konsequenz dieses Vorschlags ist, dass im Rahmen der Rechtsanwendung nicht nur die Bedeutung der Norm zu ermitteln, sondern auch ihre rechtstheoretische Funktion (Regulierung, Interessenausgleich etc.) zu bestimmen ist.⁴²⁶ So sind alle Gebiete des Privatrechts durch ein Nebeneinander von regulatorischen, interessenausgleichenden und sonstigen Normen gekennzeichnet, wobei es selbst im Rahmen einer einzelnen Vorschrift zu Funktionsüberschneidungen kommen kann.⁴²⁷ Die funktionale Einordnung einzelner Privatrechtsnormen und das Herausarbeiten genereller Kriterien der Funktionsbestimmung werden somit zu Kernaufgaben systematisch-regulatorischer Rechtsdogmatik.

⁴²⁴ Zum Begriff der *ratio legis* siehe nur *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 157.

⁴²⁵ Siehe oben S. 55 ff.

⁴²⁶ Dazu ausführlich unten S. 649 ff.

⁴²⁷ Vgl. dazu bereits oben S. 63 f.

c. Regulatorische Rechtsdogmatik als praktische Interdisziplinarität

Aus den skizzierten Fragestellungen einer regulatorischen Rechtsdogmatik ergibt sich außerdem, dass diese auf eine Anreicherung des juristischen Wissens durch die Erkenntnisse anderer Disziplinen angewiesen ist; regulatorische Rechtsdogmatik schafft ein Bedürfnis nach praktischer Interdisziplinarität. In der Rechtswissenschaft hat Interdisziplinarität eine doppelte Bedeutung: Einerseits kann man damit die disziplinübergreifende Zusammenarbeit bzw. die Verwendung fremdwissenschaftlicher Ergebnisse oder Methoden in der rechtswissenschaftlichen Forschung bezeichnen,⁴²⁸ andererseits die Bezugnahme auf die Ergebnisse anderer Disziplinen in der praktischen Rechtsanwendung und damit auch in der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik.⁴²⁹ Vorliegend geht es um die Interdisziplinarität im letztgenannten Sinne. Anknüpfungspunkt sind insoweit die oben aufgeworfenen Fragen einer regulatorischen Rechtsdogmatik. Sobald diese nicht mehr mit „juristischen Bordinstrumenten“ zu beantworten sind, müssen die Erkenntnisquellen erweitert werden.

aa. Status fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse in der Rechtsdogmatik

Bevor die Bezugnahme auf andere Wissenschaften im Detail behandelt werden kann, muss zunächst geklärt werden, welcher Status derartigen fremdwissenschaftlichen Erkenntnissen im Rahmen der Rechtsdogmatik zukommt.

Bereits die traditionelle Rechtsdogmatik besteht nicht nur aus einem Diskurs über normative Regeln und ihre Systematisierung, sondern bezieht sich wesentlich auf tatsächliche Sachprobleme. Im Rahmen der rechtsdogmatischen Falllösung besteht der erste Schritt stets darin, den relevanten Sachverhalt zu (re-)konstruieren.⁴³⁰ Damit schafft sich die Rechtsdogmatik eine eigene, genuin juristische Realität: „Legal systems create facts in order to treat them as facts.“⁴³¹ Nicht eine objektive Realität, sondern der Sachverhalt, wie er sich aufgrund des Parteivortrags und der Beweislast, der zur Verfügung stehenden Beweismittel und der Beweiswürdigung oder auch in Form des berühmten „Lehrbuchfalls“ darstellt, bildet den Bezugspunkt der Rechtsanwendung.⁴³² Dies ist im Rahmen einer regulatorischen Rechtsdogmatik nicht anders. Auch die oben so genannte „typische

⁴²⁸ In diesem Sinne versteht etwa der Bericht *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (2012), S. 8, 36 und passim die Interdisziplinarität.

⁴²⁹ In diesem Sinne verstehen etwa *Hilgendorf*, JZ 2010, 913, 918; *S. Lorenz*, JZ 2013, 704, 706 f. die Interdisziplinarität.

⁴³⁰ Siehe auch bereits oben S. 405 mit Fn. 406. *S. Martens*, RTh 42 (2011), 145, 154–156 spricht insoweit von „Übersetzungsarbeit“. Kritisch zu dieser Metapher *I. Augsberg*, in: ders. (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht (2013), S. 3, 18–23, der darauf hinweist, dass eine solche Sprechweise die Existenz einer objektiven Realität, jedenfalls aber einer Metasprache suggeriert, als ob die „objektiven“ Erkenntnisse der jeweiligen Wissenschaften nur unverändert in das Recht transportiert werden müssten.

⁴³¹ *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht (2014), S. 13 unter Verweis auf *Rosen*, Law as culture (2006), S. 68.

⁴³² Damit ist kein Bekenntnis zu einer bestimmten Ontologie oder Erkenntnistheorie ver-

Situation“, also die Verallgemeinerung der Handlungsanreize des Rechtsunterworfenen als Grundlage der regulatorischen Rechtsanwendung, stellt eine juristische Konstruktion dar.

Sollen die Erkenntnisse anderer Wissenschaften in der Rechtsanwendung berücksichtigt werden, so müssen diese entsprechend juristisch rekonstruiert werden; ein einfacher Empirismus greift zu kurz.⁴³³ Anders gewendet: Der praktische Rechtsanwender – zumeist der Richter – muss die Erkenntnisse anderer Wissenschaften zwingend einer eigenen, rechtsdogmatischen Würdigung unterziehen und sie damit zu einem juristisch relevanten Umstand machen.⁴³⁴ Daraus ergibt sich die Notwendigkeit „binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen“. ⁴³⁵ Derartige Metaregeln haben sich – wie die Rechtsdogmatik selbst⁴³⁶ – auf einer obersten Ebene an den Vorgaben des Grundgesetzes auszurichten. Maßstab sind insofern der Gewaltenteilungsgrundsatz, das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip sowie der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Metaregeln erschöpfen sich aber nicht darin, die Verfassungskonformität interdisziplinärer Rechtsdogmatik sicherzustellen, sondern müssen diese im Detail anleiten.

Für die konkrete Durchführung bietet es sich an, danach zu differenzieren, welche Funktion den entsprechenden fremdwissenschaftlichen Erkenntnissen im Rahmen der regulatorischen Rechtsdogmatik zukommen soll. So können auf einer grundlegenden Ebene Tatbestandsfragen und Wertungsfragen unterschieden werden.

bunden, vielmehr handelt es sich allein um eine Beschreibung des Realitätszugangs der Rechtsdogmatik.

⁴³³ So aber *N. Petersen*, *Der Staat* 49 (2010), 435 ff. Siehe dazu die Kritik von *I. Augsberg*, *Der Staat* 51 (2012), 117 ff. Vor diesem Hintergrund erweist sich auch die Ansicht von *S. Martens*, *RTh* 42 (2011), 145, 156, die Forderung nach Anerkennung außerrechtlicher Argumente bedeute, dass der Richter dazu aufgerufen werde, statt „mühsame Übersetzungsarbeit zu leisten [...] unbekümmert in seiner eigenen Sprache vor sich hin zu plappern, frei selbst die ‚richtigen‘ Wertungen zu setzen und *sine lege* zu entscheiden“ als fragwürdig. Richter können Rechtsfälle notwendigerweise nur „juristisch“ entscheiden, sonst handelt es sich bei dem Ergebnis ihrer Tätigkeit nicht um ein „Gerichtsurteil“. Würde der Richter in „seiner eigenen Sprache vor sich hinplappern“, spräche er kein „Recht“. Das heißt, dass jedes Argument, welches der Richter verwendet, um ein Urteil zu begründen, damit ein „rechtliches“ Argument wird, wenn auch möglicherweise eines, welches rechtlich fehlerhaft ist.

⁴³⁴ Siehe auch aus Sicht der gerichtlichen Praxis *Strohn*, *ZHR* 178 (2014), 115, 120: „Der Sachverständige wird mir nicht sagen können, was der dem Gesetz entsprechende Maßstab ist. Das ist eine Rechtsfrage, deren Beantwortung nicht in die Hände eines Sachverständigen gelegt werden darf.“

⁴³⁵ *I. Augsberg*, in: ders. (Hrsg.), *Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht* (2013), S. 3 ff. (am Beispiel des Verwaltungsrechts); a. A. *Lüdemann*, in: Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), *Recht und Verhalten* (2007), S. 7, 50, der sich gegen eine „Einlasskontrolle“ wendet. Eine „pragmatische Rezeptionslehre“ entwickelt *Hamann*, *Evidenzbasierte Jurisprudenz* (2014), S. 53–129 (einschließlich konkreter Literaturhinweise).

⁴³⁶ Siehe oben S. 394 ff.

bb. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Tatbestandsfragen

Tatbestandsfragen der regulatorischen Rechtsdogmatik beziehen sich auf die „typische Situation“. Ziel ist es, zu ermitteln, welche Anreize allgemein für jemanden in der Situation des Rechtsunterworfenen bestehen und wie sich diese durch die Annahme einer bestimmten rechtlichen Position (sei es ein Anspruch, eine Einwendung, ein Gestaltungsrecht) ändern. Beispiele für solche Situationen sind Unternehmensmanager, denen eine ausländische Regierung signalisiert, dass sie einen wichtigen Auftrag nur bei Zahlung eines Schmiergelds erhalten werden; Verkehrsteilnehmer, die überlegen, bei Nacht ohne Licht Fahrrad zu fahren; oder Menschen, die sich eine neue Heirat und Familiengründung wünschen, aber aus erster Ehe bereits minderjährige Kinder haben und nicht genug verdienen, um zwei Familien versorgen zu können. Um die Anreize eines durchschnittlichen Regulierungsadressaten in derartigen Situationen zu ermitteln, bedarf es einer Reihe von Erkenntnissen über die typischen Interessen der beteiligten Personen sowie über die daraus folgenden Handlungsanreize im Status quo und einer Prognose dazu, ob und in welcher Weise die in Frage stehende rechtliche Position diese Anreize verändern würde. Derartige Erkenntnisse lassen sich – je nach Fall – durch Konsultation soziologischer, ökonomischer oder psychologischer Forschungsergebnisse gewinnen. Die Frage ist, welche rechtlichen Vorgaben dafür bestehen, derartige Erkenntnisse für die regulatorische Rechtsdogmatik zu verwenden.

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe sprechen grundsätzlich nicht dagegen, konkrete Forschungsergebnisse anderer Wissenschaften im Bereich der Tatbestandsfragen zu verwenden. Dies gilt auch dann, wenn die betreffende Wissenschaft ein bestimmtes modellhaftes Menschenbild – etwa den rationalen, eigenutzenmaximierenden *homo oeconomicus*⁴³⁷ – zugrunde legt oder von Prämissen ausgeht, welche die Rechtsordnung nicht teilt.⁴³⁸ Denn fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Tatbestandsfragen sind stets empirisch falsifizierbar und deshalb in ihrer Geltung nicht von den normativen Prämissen abhängig, auf deren Grundlage sie entwickelt wurden. Wenn also etwa die Ökonomik auf Grundlage des *homo oeconomicus*-Modells bestimmte Prognosen über menschliches Verhalten in einer bestimmten Situation trifft, kommt es allein darauf an, ob empirische Studien diese Prognosen bestätigen oder widerlegen (können). Die Prognose kann auch dann richtig sein, wenn die zu ihrer Gewinnung eingesetzten normativen Annahmen aufgegeben werden. Existieren allerdings zu einer konkreten Frage keine empirischen Untersuchungen oder weicht deren Untersuchungsde-

⁴³⁷ Siehe dazu monographisch *Kirchgässner*, *Homo Oeconomicus* (2008).

⁴³⁸ So auch *Lindner*, JZ 2008, 957, 961 f. (für die ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts). An dieser Stelle kann deshalb offenbleiben, ob der *homo oeconomicus* mit dem Menschenbild des Grundgesetzes (zu diesem BVerfGE 4, 7, 15 f.) vereinbar ist; zweifelnd *Lindner*, aaO., S. 959 f. Allgemein dazu, dass als empirische Forschung „implizit normativ“ ist, *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz (2014), S. 107–109.

sign stark von den Umständen der betrachteten „typischen Situation“ ab, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den normativen Grundlagen der Prognose. Geben etwa zwei unterschiedliche Wissenschaften (z. B. Ökonomik und Soziologie) verschiedene Prognosen zu menschlichem Verhalten in einer typisierten Situation ab, so muss der Rechtsanwender in Ermangelung empirischer Erkenntnisse klären, welche normativen Grundlagen – sofern diese und nicht eine unterschiedliche Methodik für die abweichenden Ergebnisse verantwortlich sind – mit dem Gesetz besser vereinbar sind. Das Gleiche gilt, wenn nur eine einzige fremdwissenschaftliche Prognose zur Verfügung steht, aber eine Veränderung der normativen Grundlagen aufgrund gesetzlicher Wertungen das Ergebnis der Prognose beeinflussen würde.

Maßstab des rechtlichen Vergleichs sind dabei nicht das Grundgesetz oder die Grundrechte, sondern die konkret in Frage stehende privatrechtliche Norm.⁴³⁹ Diese kann Hinweise dazu geben, welches „Menschenbild“ der Sachgesetzgeber zugrunde gelegt hat, d. h. von welchen typisierten Verhaltensannahmen er ausgegangen ist. Existiert z. B. ein gesetzliches Verbot, so spricht dies dafür, dass nach Auffassung des Gesetzgebers jedenfalls einige Rechtsunterworfenen Anreize haben, die verbotene Handlung vorzunehmen. Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse, die von der Prämisse ausgehen, dass entsprechende Anreize nicht existieren, und dies möglicherweise auch empirisch belegen, können deshalb für die Rechtsanwendung nur in den Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung⁴⁴⁰ zugrunde gelegt werden und ansonsten lediglich als Grundlage einer rechtspolitischen Kritik des Gesetzes dienen.⁴⁴¹ Teilt hingegen eine Sozialwissenschaft die Prämissen des Gesetzes, so dürfen ihre Erkenntnisse verwendet werden. In diesem Sinne zeigt etwa die Gesamtheit der Regelungen des Aktiengesetzes, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass mindestens einige Vorstände und Aufsichtsräte den Anreiz haben, sich auf Kosten der Gesellschaft privat zu bereichern und dazu eine erhebliche Kreativität zu entwickeln. Diese Annahmen entsprechen weitgehend dem Modell des homo oeconomicus, so dass im Aktienrecht wie auch im sonstigen Wirtschaftsrecht, das von vergleichbaren Verhaltensannahmen geprägt ist, die auf Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells gewonnenen Aussagen grundsätzlich zur Konkretisierung von Tatbestandsfragen zugrunde gelegt werden dürfen. Demgegenüber mag z. B. den familienrechtlichen Vorschriften des BGB ein abweichendes Menschenbild zugrunde liegen. Geht das Familienrecht etwa davon aus, dass die Sorge für schutzbedürftige Familienmitglieder

⁴³⁹ Dies gilt, solange die konkrete Norm als solche verfassungsgemäß ist. Es ist die Prärogative des Gesetzgebers, in unterschiedlichen Rechtsgebieten verschiedene normative Grundannahmen zu treffen, die für die konkrete Gesetzesanwendung maßgeblich sind.

⁴⁴⁰ Zu diesen ausführlich unten S. 674 ff.

⁴⁴¹ Im Rahmen der Rechtsdogmatik besteht die Aufgabe der Interdisziplinarität nicht darin, „irrig“ Vorstellungen des Gesetzgebers zu korrigieren. Den fachfremden Erkenntnissen kommt vielmehr nur eine „dienende“ Aufgabe mit Blick die Rechtsanwendung zu. Dies ist einer der wesentlichen Unterschiede zur allgemeinen rechtswissenschaftlichen Interdisziplinarität; zur Abgrenzung siehe oben S. 411.

vorrangig Sache der Familie ist,⁴⁴² wird damit ein grundsätzlich altruistisches Verhalten unterstellt, dem sozialwissenschaftlich eher Austausch- oder Interaktionsmodelle der Familie⁴⁴³ entsprechen als das Familienbild der ökonomischen Theorie.⁴⁴⁴

Für die konkrete Durchführung müssen zunächst passende Forschungsergebnisse anderer Wissenschaften gefunden werden, welche von Prämissen ausgehen, die denen der „typischen Situation“ vergleichbar sind. Bevor derartige Forschungen verwendet werden können, muss aber – gerade bei älterer Forschung – überprüft werden, ob die entsprechenden Erkenntnisse möglicherweise zwischenzeitlich falsifiziert oder die zu ihrer Gewinnung verwendeten Methoden als fehlerhaft erwiesen wurden. Die Übernahme fremdwissenschaftlicher Ergebnisse in die Rechtsdogmatik bedeutet nicht, dass diese einfach in die Fallbearbeitung „eingesetzt“ werden könnten und etwa die Frage nach einer Kausalität abschließend beantworten würden. Vielmehr bedarf es einer eigenen Wertung des Rechtsanwenders, ob die entsprechende Erkenntnis auch im konkreten rechtlichen Zusammenhang überzeugt.⁴⁴⁵ In diesem Sinne ist etwa anerkannt, dass der Richter im Wege der freien Beweiswürdigung (§ 286 ZPO) auch zu Ergebnissen kommen darf, die naturwissenschaftlich nicht mit hundertprozentiger Sicherheit zu belegen sind.⁴⁴⁶ Normen wie § 287 ZPO schneiden die Notwendigkeit der wissenschaftlichen Begründbarkeit sogar ausdrücklich ab, indem sie bezüglich bestimmter Fragen eine gerichtliche Schätzung ermöglichen. Dementsprechend bedürfen auch im Rahmen der regulatorischen Rechtsdogmatik Prognosen dazu, welche Anreizwirkungen von einer bestimmten rechtlichen Vorschrift ausgehen, einer eigenen rechtlichen Begründung, die nicht sklavisch an die zugrunde gelegten fremdwissenschaftlichen Erkenntnisse gebunden ist. Dies ist, wie gezeigt, keine Besonderheit des Umgangs mit fremdwissenschaftlichen Erkenntnissen, sondern zeichnet vielmehr den rechtsdogmatischen Realitätszugang als solchen aus.⁴⁴⁷

⁴⁴² Vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ (2010), S. 2 f., 6 f.

⁴⁴³ Siehe dazu *Hill/Kopp*, Familiensoziologie⁵ (2013), S. 78–94.

⁴⁴⁴ Zu diesem siehe insbesondere *Becker*, A Treatise on the Family² (1993).

⁴⁴⁵ So auch *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37, 44, der dabei aber ausschließlich auf den Willen des historischen Gesetzgebers abstellen will. Das überzeugt nicht; siehe ausführlich unten S. 688 ff.

⁴⁴⁶ Vgl. im strafrechtlichen Kontext dazu ausführlich *Hellgardt*, ZIP 2005, 2000, 2004 m. w. N.

⁴⁴⁷ Es führt deshalb in die Irre, rechtliche Wertungen einer Scheinobjektivität zuzuführen, indem man etwa Wahrscheinlichkeiten im Bereich der sozialen Interaktion prozentual bestimmt. Dagegen spricht bereits, dass sich in der Realität Wahrscheinlichkeiten nicht ziffergenau feststellen lassen, sondern stets vom Urteil des Rechtsanwenders abhängen. Zudem können selbst korrekt bestimmte *tatsächliche* Wahrscheinlichkeiten niemals eine *rechtliche* Wertung (z. B. „Gefährdung“) ersetzen. Trotzdem konkretisiert etwa die h. M. im Insiderrecht das Tatbestandsmerkmal „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit“ in § 13 Abs. 1 S. 3 WpHG, indem sie eine „Eintrittswahrscheinlichkeit von mehr als 50 Prozent“ verlangt; vgl. *Bachmann*, DB

Besonders deutlich tritt die Eigenständigkeit der rechtlichen Bewertung von Tatbestandsfragen in Konstellationen zutage, in denen es – wie dies häufig der Fall sein wird – an Erkenntnissen anderer Wissenschaften, die die Rechtsanwendung anleiten könnten, gänzlich fehlt. Es gehört gerade zu den besonderen Kennzeichen der rechtsdogmatischen Arbeit, dass die sich stellenden Fragen sofort beantwortet werden müssen und nicht erst die (fremd-)wissenschaftliche Entwicklung abgewartet werden kann.⁴⁴⁸ In dieser Lage muss sich die Rechtsdogmatik mit einer Plausibilitätseinschätzung zu der voraussichtlichen Wirkungsweise der konkret untersuchten Norm begnügen, welche ggf. auf Daten zu vergleichbaren Situationen oder auf allgemeine Erfahrungswerte aufbauen kann.⁴⁴⁹ In solchen Fällen ist es besonders wichtig, von Zeit zu Zeit zu überprüfen, ob zwischenzeitlich neue fremdwissenschaftliche Erkenntnisse vorhanden sind, damit sich die Rechtsanwendung nicht auf einer wissenschaftlich nicht mehr haltbaren tatsächlichen Grundlage „einschleift“.

cc. Bezugnahme auf fremdwissenschaftliche Erkenntnisse zu Wertungsfragen

Bei den Wertungsfragen der regulatorischen Rechtsdogmatik geht es demgegenüber darum, welche von zwei oder mehreren möglichen Konsequenzen der Rechtsanwendung aus normativen Gründen zu bevorzugen ist. Die Frage, welche Konsequenzen einer Regelung wünschenswert sind, lässt sich grundsätzlich aus vielen wissenschaftlichen Perspektiven beantworten. Geht es etwa darum, ob die Zivilgerichte ein Rauchverbot in einem Wohnraummietvertrag aufrechterhalten sollen,⁴⁵⁰ so mag es aus medizinischer Sicht vorzugswürdig sein, eine rechtliche Lösung zu wählen, die die menschliche Gesundheit möglichst wenig beeinträchtigt, während aus soziologischer Sicht möglichst wenig in die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung eingegriffen werden sollte und aus ökonomischer Sicht der Nutzen aller maximiert werden sollte, etwa durch eine Raucherlaubnis mit Ausgleichspflicht des Mieters für die erhöhten Renovierungskosten. Das Entscheidende an der rechtsdogmatischen Perspektive im Konzert der verschiedenen Antworten besteht aber darin, dass sie dazu dient, die tatsächliche Rechtsanwendung anzuleiten. Indem einer bestimmten Folge *rechtsdogmatisch* der Vorzug gegeben wird, sagt die regulatorische Rechtsdogmatik also zugleich aus, dass das Gesetz *aus rechtlichen Gründen* so angewendet werden *soll*, dass es die entspre-

2012, 2206, 2209; Klöhn, ZIP 2012, 1885, 1889 f.; Mock, ZBB 2012, 286, 289 f. Dagegen bereits Hellgardt, CMLR 50 (2013), 861, 872 f.

⁴⁴⁸ Schön, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 313, 316. Siehe auch Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung² (1976), S. 334 (Nachwort zur 2. Aufl.).

⁴⁴⁹ Vgl. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung² (1976), S. 335 (Nachwort zur 2. Aufl.). Hamann, Evidenzbasierte Jurisprudenz (2014), S. 32 f. spricht in diesem Zusammenhang von „Juristen als Spekulanten empirischer Forschung“.

⁴⁵⁰ Siehe dazu aus rechtlicher Sicht Paschke, NZM 2008, 265 ff.

chende Wirkung auch tatsächlich hervorbringt. Damit erweist sich die rechtsdogmatische Folgenbewertung als Unterfall der wertenden Gesetzesanwendung.

Es überrascht deshalb nicht, dass in diesem Bereich die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Übernahme fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse die praktische Interdisziplinarität dominieren. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass der Grundsatz der Gewaltenteilung und das Demokratieprinzip es erfordern, Gesetze grundsätzlich entsprechend dem Willen des Gesetzgebers anzuwenden. Verfolgt der Gesetzgeber ein explizites Regulierungsziel, so ist dieses deshalb für die wertende Gesetzesanwendung und damit auch für die rechtsdogmatische Folgenbewertung grundsätzlich maßgebend.⁴⁵¹ Es mag zwar sein, dass die Forschungsergebnisse anderer Wissenschaften belegen, dass das gesetzgeberische Regulierungsziel bzw. die daraus abzuleitende Folgenbewertung auf überholten Prämissen beruht bzw. sonst fragwürdig ist, zu sozial oder sonst unerwünschten Ergebnissen führt oder sich zu anderen staatlichen Politiken in Widerspruch setzt. Derartige Einwände können aber nur in den Grenzen zulässiger regulatorischer Rechtsfortbildung berücksichtigt werden,⁴⁵² die umso enger sind, je zeitnäher und je expliziter der Gesetzgeber sein Regulierungsziel definiert hat. In denjenigen vereinzelt Fällen, in denen der Gesetzgeber sich ausdrücklich auf bestimmte wissenschaftliche Erkenntnisse bezieht, um eine Regulierung zu begründen,⁴⁵³ ist es selbstverständlich zulässig, die entsprechenden wissenschaftlichen Erkenntnisse auch zur Grundlage der regulatorischen Folgenbewertung zu machen. Trotzdem ist in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob auch das auf diese Weise konkret erzielte Bewertungsergebnis noch von dem gesetzgeberischen Willen getragen oder Ergebnis eines Teils der wissenschaftlichen Theorie ist, welche der Gesetzgeber bei seinem Verweis offensichtlich nicht im Blick hatte.

Häufig äußert der Gesetzgeber allerdings nur einzelne Regulierungsziele bzw. nimmt bestimmte Vorkommnisse zum Anlass einer Gesetzesänderung, ohne sich zu den Zielen anderer Teile des Gesetzes explizit zu verhalten. Auch in diesen Fällen ist eine Folgenbewertung erforderlich, denn die tatsächlichen Anreiz- und Steuerungswirkungen der Rechtsanwendung treten unabhängig von einem expliziten gesetzgeberischen Willen ein.⁴⁵⁴ Es stellt sich deshalb die Frage, nach welchen Maßstäben die Wertung in diesen Fällen vorzunehmen ist und welche Rolle den Erkenntnissen anderer Wissenschaften in diesem Zusammenhang zukommen darf. Der erste Teil der Frage kann mit dem Verweis auf die generelle

⁴⁵¹ Etwas anderes gilt nur bezüglich solcher Regulierungsziele des historischen BGB-Gesetzgebers, die eindeutig überholt sind, z. B. dem Ziel, mittels § 54 BGB die Bildung von Gewerkschaften und politischen Parteien zu unterbinden, oder solchen Regulierungszielen, die aus anderen Gründen verfassungswidrig sind. Zu den Grenzen der Korrektur verfassungswidriger regulatorischer Privatrechtsnormen siehe ausführlich unten S. 675 ff.

⁴⁵² Zu diesen ausführlich unten S. 674 ff.

⁴⁵³ Siehe z. B. BT-Drucks. 16/6815, S. 15, wo explizit auf wissenschaftliche Erkenntnisse verwiesen wird, um den Begriff der „Kindeswohlgefährdung“ in § 1666 Abs. 1 BGB zu konkretisieren.

⁴⁵⁴ Ausführlich dazu unten S. 693 ff.

Bedeutung von „objektiven Wertungen“ bei der Gesetzesanwendung beantwortet werden. Nach h. M. ist es zulässig und geboten, aus dem Gedanken der Gerechtigkeit, speziell aus dem Gebot der Gleichbehandlung Wertungen abzuleiten und diese in die Gesetzesauslegung einfließen zu lassen.⁴⁵⁵ Auch die Wertungen der Grundrechte sind zu beachten.⁴⁵⁶ Die h. M. ist einem prinzipienbasierten Privatrechtsverständnis verhaftet und bezieht die Wertung deshalb auf die Bestimmung der einzelnen Norm im Gesamtsystem des Privatrechts. Dies ist aber keineswegs zwingend. Es existieren auch entsprechende Grundrechts- und Gerechtigkeitskriterien, die auf eine Folgenbewertung ausgerichtet sind.⁴⁵⁷ Derartige Wertungsmaßstäbe sind aber – wie auch die Kriterien der traditionellen Wertungsjurisprudenz – häufig genuin interdisziplinärer Natur. So ist die Ausarbeitung von Gerechtigkeitskriterien vorrangig Gegenstand der Moralphilosophie, die von der herkömmlichen Rechtsdogmatik ohne weitere methodische Rechtfertigung rezipiert wird.⁴⁵⁸ Dies erscheint jedenfalls insoweit zulässig, als sich das entsprechende Gerechtigkeitskriterium nicht in Widerspruch zu den Wertungen des Grundgesetzes, insbesondere der Grundrechte setzt. Demgegenüber ist bei den Wertungskriterien anderer Wissenschaften sorgfältig zu prüfen, inwieweit diese in dem entsprechenden Teilgebiet des Privatrechts verwirklicht und allgemein mit der Verfassungsordnung vereinbar sind. So wird teilweise vertreten, dass das Wirtschaftsrecht insgesamt auf die Verfolgung ökonomischer Effizienz ausgerichtet sei, weshalb Effizienzerwägungen die Anwendung des Wirtschaftsrechts anleiten dürften.⁴⁵⁹ Derart generalisierende Aussagen sind jedenfalls insoweit problematisch, als sie zu einem Widerspruch zwischen dem postulierten wissenschaftlichen Wertungskriterium und vom Gesetzgeber tatsächlich verfolgten einzelnen Regulierungszielen führen. In solchen Fällen gebührt dem gesetzgeberischen Partikularziel der Vorrang, selbst wenn dadurch etwa das wissenschaftliche Bemühen um ein einheitlich effizientes Wirtschaftsrecht konterkariert wird. Aber auch wenn keine derartigen Wertungskonflikte bestehen, bedarf es einer fundierten Begründung, weshalb einem fremdwissenschaftlichen Wertungskriterium Relevanz für die rechtsdogmatische Folgenbewertung zukommen soll.

⁴⁵⁵ Siehe nur Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 128–137; Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 155.

⁴⁵⁶ Dazu ausführlich oben S. 265 ff.

⁴⁵⁷ Ausführlich zu diesen Kriterien unten S. 433 ff.

⁴⁵⁸ Siehe z. B. Arnold, Vertrag und Verteilung (2014), S. 26–92 (der insbesondere auf *Aristoteles*, *Thomas von Aquin* und *Rawls* Bezug nimmt); Bergmann, Die Rechtsfolgen des ungerechten Vertrages (2014), S. 1, 3, 14 f. und passim (der die Gerechtigkeitstheorien von *Aristoteles* und *Thomas von Aquin* heranzieht); Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 8–34 (der sich insbesondere mit *Aristoteles'* Gerechtigkeitstheorie auseinandersetzt).

⁴⁵⁹ Häusermann, RW 2015, 49, 52; Ott, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung (1989), S. 25, 27–30. In diese Richtung auch Franck, Marktordnung durch Haftung (2016), S. 105–110; zurückhaltender Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip³ (2005), S. 454–459, 463–478.

Verfassungsrechtlich weitaus weniger problematisch ist es, wenn die Erkenntnisse fremder Wissenschaften nicht als Bewertungskriterium herangezogen werden, sondern lediglich dazu dienen, dem Rechtsanwender die notwendigen tatsächlichen Zusammenhänge als Grundlage der rechtlichen Wertung zu vermitteln. So bedarf etwa ein Urteil über das Kindeswohl vertiefter psychologischer Kenntnisse über die Entwicklung von Kindern der betreffenden Altersstufe; die Beurteilung der Frage, ob das Verbot des Insiderhandels eng oder weit ausgelegt werden sollte, verlangt fundiertes Wissen über die Funktionsweise der Kapitalmärkte; und die Frage, ob indirekte Folgeschäden durch Preiserhöhungen von nicht an einem Kartell beteiligten Wettbewerbern (so genanntes „umbrella pricing“) vom Schutzzweck der Schadensersatznorm umfasst sind, kann nur in Kenntnis der ökonomischen Wettbewerbstheorie sachgerecht beantwortet werden. Dabei handelt es sich letztlich um Aspekte der von der herkömmlichen Dogmatik so genannten „Natur der Sache“⁴⁶⁰. Die Kenntnis derartiger „Sachgesetzhlichkeiten“ ermöglicht dem Juristen erst, seine Entscheidung „auf Augenhöhe“ mit den Regulierungsadressaten zu begründen. Deshalb ist es verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig, rechtsdogmatische Folgenbewertungen auf dieser Grundlage zu treffen. Allerdings darf sich der Rechtsanwender dabei nicht der Illusion hingeben, es handle sich um quasi objektive, wertfreie Tatsachen. Vielmehr basieren auch Theorien, welche die Funktionsweise eines bestimmten Lebensbereichs erklären sollen, stets auf wertenden Axiomen, die eine Überprüfung der gefundenen Ergebnisse an den Maßstäben des Rechts erfordern.

In keinem Fall kann die Übernahme von Wertungskriterien anderer Wissenschaften deshalb einen Automatismus bewirken. Vielmehr ist stets am Ende der Folgenbewertung und damit an der Schnittstelle, an der die Ergebnisse der rechtsdogmatischen Folgenbewertung für die Rechtsanwendung fruchtbar gemacht werden, indem sie die Wahl der alternativ möglichen Rechtsposition determinieren, eine genuin rechtliche Bewertung dahingehend vorzunehmen, ob das gefundene Ergebnis mit den durch die herkömmliche Dogmatik – sprich Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung – vorgegebenen Bedingungen vereinbar ist.

III. Folgenorientierte Rechtswissenschaft jenseits der Dogmatik

Lässt man den mit der Rechtsdogmatik verbundenen Anspruch fallen, die Ergebnisse rechtswissenschaftlicher Arbeit direkt in der richterlichen Praxis anwenden zu können, erweitern sich die Möglichkeiten, Privatrecht aus einer folgenorientierten Perspektive zu untersuchen. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Methodik, sondern – eng damit zusammenhängend – ebenso bezüglich der Fragestellungen. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten einer solchen folgenorientierten

⁴⁶⁰ Zu dieser *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 155.

Rechtswissenschaft jenseits der Dogmatik untersucht werden, ehe im nächsten Kapitel Bausteine einer Methode zur Analyse der Regulierungsfunktion vorgestellt werden.⁴⁶¹

Allerdings wird teilweise bestritten, dass eine folgenorientierte Rechtswissenschaft oder andere nicht-dogmatische Ansätze einer „rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung“⁴⁶² überhaupt zur „Rechtswissenschaft“ zu zählen sind. Demnach soll nur die Rechtsdogmatik als Rechtswissenschaft gelten, ergänzt um die so genannten „Grundlagenfächer“, während alle anderen Ansätze anderen Wissenschaften zuzurechnen seien. Es gilt also zunächst, die Rechtswissenschaft gegen ein zu enges Wissenschaftsverständnis zu verteidigen (dazu unter 1.). Ein nicht-dogmatischer Zugang zum Recht, der in den letzten Jahren auch in Deutschland verstärkte Aufmerksamkeit erfahren hat, ist die ökonomische Analyse des Rechts. Diese betrachtet das Recht ebenfalls aus einer folgenorientierten Sicht. Zur Abgrenzung erscheint es deshalb angebracht, die Unterschiede zwischen folgenorientierter Rechtswissenschaft und ökonomischer Analyse herauszuarbeiten (dazu unter 2.). Nachdem die folgenorientierte Rechtswissenschaft dergestalt in zwei Richtungen abgegrenzt wurde, ist der Weg bereitet, ihre Inhalte positiv zu bestimmen. Kerngegenstand einer folgenorientierten Rechtswissenschaft sind die Wirkungen des Rechts, untersucht aus einer genuin juristischen Perspektive (dazu unter 3.). Einer der Gründe für die Opposition der herkömmlichen Rechtsdogmatik gegen eine folgenorientierte Betrachtungsweise ist die Behauptung, aus rein tatsächlichen Umständen, wie den Folgen eines bestimmten Rechtsinstituts, lasse sich nicht auf ein rechtliches Sollen schließen. Letztlich lautet der Vorwurf, der folgenorientierten Rechtswissenschaft fehle es an rechtlichen Wertungsmaßstäben. Deshalb soll abschließend gezeigt werden, dass dies keineswegs so ist (dazu unter 4.).

1. Unzulässige Gleichsetzung von Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik

Ein fundamentaler Einwand gegen den hier vorgestellten Ansatz einer folgenorientierten Rechtswissenschaft lautet, dass diese zwar das Recht als ihren Gegenstand haben möge, es sich dabei aber nicht um „Rechtswissenschaft“ im eigentlichen Sinne handele und es deshalb nicht Sache des Rechtswissenschaftlers sei, solche Wissenschaft zu betreiben.⁴⁶³ Dem liegt letztlich die Vorstellung zu-

⁴⁶¹ Siehe unten S. 438 ff.

⁴⁶² Zum Begriff siehe oben S. 327, Fn. 9.

⁴⁶³ In diese Richtung etwa *Ernst*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 3, 17 f. Siehe insbesondere ebd., S. 17: „Allerdings kann gerade die besondere Freiheit, die der Rechtswissenschaftler im Schutzraum der akademischen Institution genießt, der Versuchung Vorschub leisten, abwechslungsreicher auch einmal andere als die strikt juristischen Gesichtspunkte ins Spiel zu bringen. Es wäre nur zu verständlich, wenn der einzelne Ordinarius einen gewissen Anreiz spürt, *‚morgens zu jagen, nachmittags zu fischen, abends Viehzucht zu treiben, nach dem Essen zu kritisieren, wie ich gerade Lust habe, ohne je Jäger,*

grunde, dass „Rechtswissenschaft“ oder „Jurisprudenz“ gleichbedeutend sei mit „Rechtsdogmatik“.⁴⁶⁴

Mit der semantischen Identitätsthese ist zugleich eine inhaltliche Aussage zu den Möglichkeiten und Grenzen der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Recht verbunden. Denn auch die Vertreter der Identitätsthese leugnen selbstverständlich nicht, dass es vielerlei unterschiedliche Zugänge zum Recht gibt. Zur Abgrenzung von der Rechtswissenschaft/Rechtsdogmatik werden diese eingeteilt einerseits in die so genannten „Grundlagenfächer“, andererseits in „interdisziplinäre Ansätze“ bzw. „Law and ...-Fächer“. Die „Grundlagenfächer“ helfen dem Rechtsdogmatiker, „indem sie, auf den jeweiligen Rechtsbestand angewendet, zu einem besseren Verständnis des geltenden Rechts führen. Zum anderen stellen sie Referenzräume dar, in denen das positive Recht kontinuierlich der kritischen Reflexion unterzogen werden kann.“⁴⁶⁵ Deshalb werden diese Fächer als *Rechtsgeschichte*, *Rechtsphilosophie* oder *Rechtssoziologie* bezeichnet. Während die Grundlagenfächer somit zwar durch ihre Methodik klar von der Rechtsdogmatik getrennt sind, teilen sie mit ihr die Eigenschaft, Teil einer „Rechtswissenschaft im weiteren Sinne“ oder der „Rechtswissenschaften“ zu sein,⁴⁶⁶ was sich insbesondere daran zeigt, dass sie Teil der juristischen Fakultäten sind und meistens durch Lehrstuhlinhaber als Nebenfach zu deren eigentlichem, rechtsdogmatischem Hauptfach repräsentiert werden. Damit wird zugleich auch eine Art „Letztkontrolle“ der Rechtswissenschaft im engeren Sinne, sprich der Rechtsdogmatik, über die Forschungsergebnisse der Grundlagenfächer gesichert.⁴⁶⁷

Fischer, Hirt oder Kritiker zu werden, d.h. den Gegenstand seiner Bemühungen nicht ‚bloß‘ juristisch, sondern auch einmal psychologisierend, ökonomisch oder sozialwissenschaftlich anzupacken. Ein solches Zurückfallen hinter die Arbeitsteilung kann sich ein Fach, das ernst genommen werden will, nicht leisten. Wer als ausgebildeter Jurist seine Absicht erklärt, er wolle seinen Gegenstand nicht nur als Jurist, sondern zugleich als Philosoph, Sozialwissenschaftler, Systemtheoretiker oder Ökonom erfassen, gibt in Wirklichkeit seinen Anspruch auf echtes Fachgelehrtentum preis.“ Ähnlich auch *Hillgruber*, JZ 2013, 700, 703 f.; *Jestaedt*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 241, 271, 278.

⁴⁶⁴ So etwa *Dreier*, RTh 2 (1971), 37, 41; *Honsell*, ZfPW 2015, 1; *Jestaedt*, JZ 2012, 1, 2 f.; *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1966), S. 11; *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 189; *Schoch*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7 (2007), S. 177, 209; siehe auch *Grzeszick*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), S. 97 ff.; *Jestaedt*, JZ 2014, 1 ff.

Darin liegt eine gewisse Ironie, denn es ist gerade die Rechtsdogmatik, die immer wieder Anlass dazu gegeben hat, die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft in Frage zu stellen; grundlegend v. *Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1848). Dazu *Engel*, JZ 2006, 614 und die Kritik von *Jakobs*, JZ 2006, 1115 ff. mit Replik von *Engel*, JZ 2006, 1118 f.

⁴⁶⁵ *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (2012), S. 32. Siehe auch *Stolleis*, JZ 2013, 712, 713.

⁴⁶⁶ *Grundmann*, JZ 2013, 693, 696; *Gutmann*, JZ 2013, 697, 699; *S. Lorenz*, JZ 2013, 704, 706 f.; a.A. *Jestaedt*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 241, 271 (nicht Teil der Rechtswissenschaft).

⁴⁶⁷ Pointiert *C. Möllers*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 151, 163: „Solche Nebendisziplinen wie Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Rechts-

Demgegenüber werden die „Law and ...-Ansätze“ (also „Law & Economics“⁴⁶⁸, „Law & Literature“⁴⁶⁹, „Law & Society“⁴⁷⁰, „Law & Politics“⁴⁷¹, „Law & Psychology“⁴⁷² etc.) regelmäßig von Vertretern der jeweils anderen Disziplin repräsentiert und in Deutschland nicht an juristischen Fakultäten betrieben. Falls es doch einmal ein „Institut für Law & Economics“ oder ähnliche Einrichtungen an einer deutschen *juristischen* Fakultät gibt, wird die dort ausgeübte Forschung explizit als „interdisziplinärer“ (d.h. nicht-rechtswissenschaftlicher) Zugang zum Recht verstanden.⁴⁷³ Die Erkenntnisse solcher Forschung stehen zwar nicht unter der „Kontrolle“ der Rechtsdogmatik, werden von dieser aber auch als für ihren Gegenstand grundsätzlich irrelevant betrachtet.⁴⁷⁴ Rechtliche Forschung wird damit auf rechtsdogmatische Forschung reduziert.

Ein solches Verständnis verengt den Gegenstandsbereich der Rechtswissenschaft in unzulässiger Weise. Selbst wenn man anerkennt, dass gerade die „normative“ Dimension des Rechts den Gegenstandsbegriff der Rechtswissenschaft bestimmt,⁴⁷⁵ kann damit eine Begrenzung auf die Rechtsdogmatik nicht gerecht-

soziologie sind eigenartige Gebilde, in denen die Rechtswissenschaft ihre eigene Interdisziplinarität mitorganisiert. [...] Gerade die so sehr an der Programmierung des Rechtssystems orientierte deutsche Rechtswissenschaft ermöglicht auf diesem Weg eine Form der Domestizierung möglicher Irritationen durch andere Disziplinen. Wenn Soziologie oder Geschichte an juristischen Fakultäten durch Personen gelehrt und beforscht wird, die ihrerseits nur durch eine juristische Ausbildung gegangen sind, so wird eine Abschließungsleistung organisiert.“ Positiver *Gutmann*, JZ 2013, 697, 699: „verhindert den Zerfall der Rechtswissenschaft in unverbundene Spezialdiskurse“.

⁴⁶⁸ Dazu sogleich ausführlich unten S. 424 ff.

⁴⁶⁹ Siehe einerseits *White*, 39 Mercer L. Rev. 739 (1988); andererseits *Posner*, Law and Literature³ (2009).

⁴⁷⁰ *L. M. Friedman*, 38 Stan. L. Rev. 763 (1986). Programmatisch ebd., S. 780: „Law‘ is a massive, vital presence in the United States. It is too important to be left to the lawyers—or even to the realm of pure thought.“

⁴⁷¹ *M. Becker/Zimmerling*, PVS Sonderheft Nr. 36 (2006), S. 9 ff.; *Lembcke*, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and Method (2011), S. 153 ff.

⁴⁷² *Spellman*, in: van Klink/Taekema (Hrsg.), Law and Method (2011), S. 109 ff.

⁴⁷³ Repräsentativ die Selbstdarstellung des Instituts für Recht und Ökonomik der Universität Hamburg (www.jura.uni-hamburg.de/einrichtungen/institute-seminare/institut-recht-oe-konomik/ueber-uns.html): Dort werde das „Recht mit Hilfe des ökonomischen Instrumentariums analysiert“. Zu den Vorbehalten gegen solche Forschung siehe *Rixen*, JZ 2013, 708, 710: „Nichts gegen einen in der Juristischen Fakultät angesiedelten Lehrstuhl für ‚Law and Society‘, aber wer macht dann die Arbeit?“

⁴⁷⁴ Prägnant *Jestaedt*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 241, 278: „Bei divergenten Materialobjekten – beispielsweise dem Recht als normativem Phänomen, als historischem Datum oder als sozialem Faktum – sprechen die Kommunikanten nämlich, streng genommen, nicht nur nicht dieselbe Sprache, sondern noch nicht einmal über denselben Gegenstand.“ Siehe auch *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 39 f.

Zu den verschiedenen Sichtweisen rechtlicher Interdisziplinarität einführend *van Klink/Taekema*, ARSP Beiheft Nr. 127 (2012), S. 17 ff.

⁴⁷⁵ So z.B. *Jestaedt*, in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft (2007), S. 241, 271, 278.

fertigt werden.⁴⁷⁶ Letztlich spricht bereits der Umstand, dass – wie oben ausführlich dargelegt⁴⁷⁷ – auch die folgenorientierte Sichtweise zu einem umfassenden Privatrechtsverständnis gehört, gegen die methodische Begrenzung der Rechtswissenschaft auf die Rechtsdogmatik. Anders gewendet: Wenn Verhaltenssteuerung eine legitime Aufgabe des (Privat-)Rechts ist, werden die tatsächlichen Folgen rechtlicher Regelungen zum genuinen Gegenstand *rechtswissenschaftlicher* Analyse. Es besteht deshalb Raum für eine „rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung“ jenseits der Dogmatik.⁴⁷⁸ Eine solche Grundlagenforschung kann dabei die Dimensionen einer Wert-, Norm- und Realwissenschaft annehmen.⁴⁷⁹

Gegen eine derart verstandene erweiterte Rechtswissenschaft kann nicht eingewendet werden, dass die Fragestellungen etwa einer folgenorientierten, empirisch arbeiteten Rechtswissenschaft stets schon durch andere Disziplinen wie Ökonomie oder Soziologie abgedeckt seien. Die Besonderheit der rechtswissenschaftlichen Forschung besteht vielmehr auch hier in dem Bezug auf die Normativität des Rechts.⁴⁸⁰ Während etwa die Ergebnisse der Ökonomik häufig auf modellhaften Annahmen basieren, die mit dem tatsächlichen Recht nicht übereinstimmen, oder soziologische Forschungen von einem normativ vorgeprägten Gesellschaftsverständnis determiniert sind, zeichnen sich die Ergebnisse rechtlicher Grundlagenforschung dadurch aus, dass sie gerade in Kenntnis und mit Blick auf die besonderen Restriktionen der Rechtsanwendung gewonnen werden. Sie eignen sich deshalb in besonderem Maße dazu, Grundlage der praktischen Rechtswissenschaft zu sein, d.h. Weiterentwicklungen der Rechtsdogmatik zu initiieren oder in die Gesetzgebung einzufließen.

⁴⁷⁶ Vgl. C. Möllers, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 151, 160; ders., in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 3 Rn. 35; siehe auch Albert, in: Albert/Luhmann/Maihofer u. a. (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* (1972), S. 80, 87–91; Hassemer, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?* (2012), S. 3, 11 f.; Lepsius, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 1 ff.; Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* (1973), S. 40–46.

⁴⁷⁷ Oben S. 379 ff.

⁴⁷⁸ Siehe erneut Württenberger, in: Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung* (2010), S. 3, 10 f.

⁴⁷⁹ van Aaken, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 79, 88 f. Siehe auch Siems/mac Sithigh, C.L.J. 71 (2012), 651 ff., die zwischen den Sichtweisen „law as a practical discipline“, „law as humanities“ und „law as social sciences“ unterscheiden.

⁴⁸⁰ Vgl. Albert, in: Albert/Luhmann/Maihofer u. a. (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* (1972), S. 109, 112 f. So kann beispielsweise in einem Fallrechtssystem untersucht werden, inwieweit Gerichte den Präzedenzfällen tatsächlich folgen; vgl. Niblett/Posner/Shleifer, 39 J. Leg. Stud. 325 (2010); Niblett, 42 J. Leg. Stud. 303 (2013). Oder man kann untersuchen, inwieweit der Verlauf einer mündlichen Verhandlung Rückschlüsse auf das Endurteil zulässt; vgl. Epstein/Landes/Posner, 39 J. Leg. Stud. 433 (2010). N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (2015), S. 136 f. untersucht empirisch, aufgrund welcher Argumente das BVerfG Gesetze für verfassungswidrig erklärt hat.

2. Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts

Wer folgenorientierte Rechtswissenschaft betreiben möchte, muss sich nicht nur gegenüber dem Alleinvertretungsanspruch der Rechtsdogmatik verteidigen, sondern sollte auch darlegen, wie sich diese von der ökonomischen Analyse des Rechts unterscheidet.

Die ökonomische Analyse stellt die mit Abstand am weitesten entwickelte und vor allem am häufigsten verwendete Methode zur folgenorientierten Untersuchung des (Privat-)Rechts dar. Sie verfügt nicht nur über ein theoretisches Konzept, das die Folgenermittlung anleitet und eine normative Bewertung unterschiedlicher Folgen ermöglicht. Ihr Hauptvorteil liegt vielmehr in einer – gerade in den USA, aber zunehmend auch in Europa – gut entwickelten Verankerung in der Forschung. Konkret bedeutet dies, dass es nicht nur eine ganze Reihe an Lehrbüchern⁴⁸¹ und Fachzeitschriften⁴⁸² zur ökonomischen Analyse des Rechts gibt, sondern vor allem bereits eine Vielzahl ökonomischer Analysen der unterschiedlichsten Regelungsgegenstände des Privatrechts publiziert wurden,⁴⁸³ einschließlich einer stetig wachsenden Zahl von methodisch sehr ausgefeilten empirischen Untersuchungen, die einzelne Hypothesen der ökonomischen Analyse testen. Damit besitzt die ökonomische Analyse des Rechts einen praktisch bis auf weiteres nicht einholbaren Vorsprung bei der folgenorientierten Betrachtung des Rechts. Während die ökonomische Analyse des Rechts in Deutschland anfangs vor allem kritisch rezipiert wurde,⁴⁸⁴ ist sie inzwischen eine etablierte Forschungsmethode.⁴⁸⁵ Jede seriöse Forschung im Bereich der folgenorientierten Untersuchung des Rechts muss sich daher mit der ökonomischen Analyse des Rechts auseinandersetzen und wird häufig auf deren Ergebnissen aufbauen können.

Allerdings geht die folgenorientierte Rechtswissenschaft nicht in der ökonomischen Analyse des Rechts auf, sondern kann klar von dieser getrennt werden.

⁴⁸¹ Siehe z. B. Cooter / Ulen, *Law & Economics*⁶ (2012); Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*⁴ (2011); Posner, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014); Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004); auf Deutsch insbesondere Schäfer / Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*⁵ (2012).

⁴⁸² Z. B. den „American Law and Economics Review“, das „European Journal of Law and Economics“, den „International Review of Law and Economics“, das „Journal of Empirical Legal Studies“, das „Journal of Law and Economics“, das „Journal of Legal Studies“ und das „Journal of Law, Economics & Organization“.

⁴⁸³ So gehört es mittlerweile auch in Deutschland zum Standard einer anspruchsvollen Dissertation im Bereich des privaten Wirtschaftsrechts, eine ökonomische Analyse des betreffenden Untersuchungsgegenstands vorzunehmen.

⁴⁸⁴ Siehe z. B. Fezer, JZ 1986, 817 ff.; ders., JZ 1988, 223 ff.; Vorbehalte z. B. auch bei Taupitz, AcP 196 (1996), 114 ff.

⁴⁸⁵ Siehe aber z. B. die Vorbehalte bei Honsell, in: Staudinger (2013), BGB Einl. Rn. 199; Wolf / Neuner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*¹⁰ (2012), S. 32; positiver z. B. Eidenmüller, JZ 1999, 53 ff.; Engel, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter* (1998), S. 11 ff.; Kübler, in: Ott / Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung* (1989), S. 293 ff.

Die ökonomische Analyse des Rechts geht von spezifischen Prämissen – wie dem Leitbild des homo oeconomicus und dem Effizienzziel – aus, die eine folgenorientierte Rechtswissenschaft nicht teilt, weil es sich dabei nicht um rechtliche Prämissen handelt.⁴⁸⁶ Die heute vorherrschende Art der ökonomischen Analyse des Rechts (die so genannte „Chicago School“) betreibt streng genommen gar keine „Rechtswissenschaft“, denn sie setzt sich nicht mit dem Recht selbst auseinander, sondern betrachtet dieses ausschließlich aus einer externen, instrumentellen Perspektive.⁴⁸⁷ Diese Prämissen und Sichtweisen haben sich durch die spezifische Entstehungsgeschichte der ökonomischen Analyse ergeben und sind heute fester Bestandteil des Faches.

Als Geburtsstunde der ökonomischen Analyse des Rechts Chicagoe Prägung gilt allgemein der Aufsatz „The Problem of Social Costs“⁴⁸⁸ des späteren Nobelpreisträgers *Ronald Coase*.⁴⁸⁹ Ausgangspunkt dieser Abhandlung (und des darauf basierenden so genannten *Coase*-Theorems) ist die Einsicht, dass für eine effiziente Güterallokation die Verteilung von Rechtspositionen durch die Rechtsordnung solange irrelevant ist, wie die Beteiligten „ohne Transaktionskosten“ über ihre Rechte disponieren können, denn dann erhält – unabhängig von der Ausgangslage – im Endeffekt stets derjenige ein Recht, der dafür den höchsten Preis zu zahlen bereit ist. Das Recht ist damit lediglich die Folie, vor der sich der marktliche Allokationsmechanismus abspielt.⁴⁹⁰ Rechtliche Regeln werden aber auf zweifache Weise relevant für den Allokationsmechanismus: Einerseits ermöglichen klar definierte Eigentumsrechte und ein funktionierendes Vertragsrecht überhaupt erst die marktliche Allokation von Rechten; andererseits wirken rechtliche Regelungen oft als „Transaktionskosten“, nämlich immer dann, wenn sie Hürden (z. B. in Form zwingenden Vertragsrechts) dafür errichten, frei vertraglich über Rechte disponieren zu können.

Anhand dieser wenigen Stichworte zur Entstehung der ökonomischen Analyse des Rechts lassen sich bereits drei ihrer wesentlichen Eigenschaften feststellen: Sie umfasst erstens eine positive, beschreibende Ausprägung, welche darauf ausgerichtet ist, die tatsächlichen Folgen rechtlicher Regeln zu identifizieren, und die dazu vom Modellbild des rationalen, eigennutzenmaximierenden Menschen (homo oe-

⁴⁸⁶ Siehe vorläufig *Katz*, JITE 170 (2014), 105 ff. Ausführlich unten S. 427 ff. und S. 429 ff.

⁴⁸⁷ Ausführlich dazu *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law (2007), S. 11–15 und passim. Zu den Konsequenzen einer rein externen Betrachtung des Rechts siehe auch *Hart*, The Concept of Law¹ (1961), S. 87.

⁴⁸⁸ *Coase*, 3 J. L. & Econ. 1 (1960). Etwa abweichend der ebenfalls grundlegende Ansatz von *Calabresi*, 70 Yale L. J. 499 (1961).

⁴⁸⁹ *Posner*, Economic Analysis of Law⁹ (2014), S. 30; *Schäfer*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung (1989), S. 1; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 73; *Schanze*, in: Assmann/Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts² (1993), S. 1, 3.

⁴⁹⁰ Der Aufsatz scheint also auf den ersten Blick gar nicht primär vom Recht zu handeln; siehe auch *Coases* eigene Darstellung der Hintergründe: *Coase*, 36 J. L. & Econ. 239, 248–251 (1993).

conomicus)⁴⁹¹ ausgeht. Dies hat den Vorteil, dass sich einzelne Handlungsvorhersagen allein dadurch gewinnen lassen, dass man analysiert, welches Verhalten in einer bestimmten Situation rational und eigennutzenmaximierend ist. Der Nachteil dieses Vorgehens liegt darin, dass es sich nur um eine Hypothese handelt und das tatsächlich zu beobachtende Verhalten der Menschen häufig nicht rational und eigennutzenmaximierend ist.⁴⁹² Zweitens geht die ökonomische Analyse von einer einzigen normativen Prämisse aus, anhand derer sie die Ergebnisse ihrer Folgenanalyse bewertet, nämlich der (Allokations-)Effizienz.⁴⁹³ Drittens unterscheidet die ökonomische Analyse nicht danach, um welche Art von rechtlicher Regelung es sich handelt, d. h. sie wendet sowohl ihre beschreibende Theorie als auch ihr normatives Kriterium gleichermaßen auf die gesamte Rechtsordnung an.⁴⁹⁴

Die ökonomische Analyse ist letztlich Teil der Ökonomik und nicht der Rechtswissenschaft.⁴⁹⁵ Sie kann nur „von außen“ Forderungen an das Recht stellen – insbesondere nach Regelungen, die bestimmte tatsächliche Folgen hervorrufen –, die „technische Umsetzung“, also die eigentliche rechtswissenschaftliche Arbeit, derartige Regeln im Rahmen des geltenden Rechts zu begründen, liegt aber außerhalb ihres Gegenstands. Stattdessen weist die ökonomische Analyse eine enge Verwandtschaft zur „Neuen Institutionenökonomik“ auf,⁴⁹⁶ deren Gegenstand „Institutionen“ alle formellen und informellen Regelsysteme und Regeln, also insbesondere auch das Rechtssystem, umfasst. Untergebiete der Neuen Institutionenökonomik wie die „principal-agent-theory“, die „property rights theory“ oder die „transaction cost theory“ wurden deshalb vielfach auch im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts angewandt.

Demgegenüber ist die folgenorientierte Rechtswissenschaft zuvörderst Teil der Rechtswissenschaft. Sie untersucht zwar auch die Folgen von rechtlichen Regelungen, aber mit dem Ziel, diese Einsichten für das Recht selbst fruchtbar zu machen. Während ökonomische Forschung dann wissenschaftliche Anerkennung findet, wenn sie (wirtschafts-)theoretische Fortschritte oder unerwartete Ergebnisse generiert,⁴⁹⁷ besteht das Ziel der folgenorientierten Rechtswissen-

⁴⁹¹ Siehe die Nachweise S. 375, Fn. 280.

⁴⁹² Dies ist der Ansatzpunkt von behavioral law and economics; siehe dazu *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 Stan. L. Rev. 1471 (1998); krit. *Bubb/Pildes*, 127 Harv. L. Rev. 1593 (2014). Zum Ganzen aus deutscher Sicht *Englerth*, in: Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), *Recht und Verhalten* (2007), S. 60 ff.

⁴⁹³ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 169–321; *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 14–17; *Schäfer*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung* (1989), S. 1 ff.

⁴⁹⁴ Siehe insbesondere *Becker*, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968) (zum Strafrecht); *ders.*, *A Treatise on the Family*² (1993) (zum Familienrecht).

⁴⁹⁵ So auch *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 3: ökonomischer Ansatz zur Analyse des Rechts als Teil einer „science of rational choice“, die alle Lebensbereiche erfasst. Ausführlich *ders.*, *Frontiers of Legal Theory* (2001), S. 31–61.

⁴⁹⁶ Diese geht wesentlich ebenfalls auf *Coase* zurück; vgl. *Coase*, 4 *Economica* 386 (1937); grundlegend auch *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism* (1985).

⁴⁹⁷ Die Ergebnisse ökonomischer Forschung unterliegen einer starken indirekten Selektion.

schaft darin, möglichst realitätsnahe und verallgemeinerbare Aussagen zu treffen. Selbstverständlich muss auch eine folgenorientierte Rechtswissenschaft komplexitätsreduzierende Modellannahmen zugrundelegen⁴⁹⁸ – eine Vorgehensweise, die enge Verwandtschaft mit der jeder juristischen Kategorienbildung („Käufer“, „Verkäufer“, „Verbraucher“, „bewegliche Sache“) inhärenten Abstraktionsleistung hat; dabei kann und muss sie aber sicherstellen, dass bei der Modellbildung die wesentlichen normativen Grundannahmen des Rechtssystems beachtet werden, um so die praktische Verwendbarkeit der generierten Ergebnisse für die Rechtswissenschaft sicherzustellen.

3. Rechtswirkungen als Gegenstand genuin rechtswissenschaftlicher Analyse

Ausgehend von der Erkenntnis, dass das (Privat-)Recht nicht nur als ein System von gegeneinander abzugrenzenden Rechtsprinzipien, sondern auch als ein die soziale Wirklichkeit auf vielfältige Weise tatsächlich beeinflussendes Ganzes gesehen werden kann, ergeben sich eine Fülle neuer rechtswissenschaftlicher Fragestellungen, in deren Mittelpunkt die tatsächlichen Wirkungen des Rechts stehen. Die Besonderheit einer *rechtswissenschaftlichen* Analyse von Rechtswirkungen besteht darin, diese nach *rechtlichen* Gesichtspunkten zu ordnen und dadurch Ergebnisse zu erzielen, die Grundlage für eine Weiterentwicklung der Rechtsdogmatik sein oder in die Gesetzgebung einfließen können.⁴⁹⁹

tion durch den Auswahlprozess der Top-Journals, weil Wissenschaftler starke Anreize haben, solche Forschungsergebnisse zu produzieren, die in den anerkanntesten Journals publizierbar sind. Dieser Selbstselektionsprozess, der auch von den meisten der oben S. 424, Fn. 482 genannten Journals praktiziert wird, geht tendenziell zulasten von Resultaten, die für die (deutsche) Rechtswissenschaft besonders interessant wären. Dafür sind insbesondere folgende Selektionskriterien verantwortlich: (1.) Besondere wissenschaftliche Aufmerksamkeit erhalten – gerade im Bereich der empirischen Untersuchungen – Ergebnisse, die zeigen, dass zunächst völlig fernliegende Erklärungen für Phänomene zutreffen (besondere Berühmtheit erlangte auf diesem Feld *Steven Levitt* von der University of Chicago, der etwa zu belegen versuchte, dass der Rückgang der Kriminalität in den USA in den 90er Jahren auf die Legalisierung der Abtreibung in den 70er Jahren zurückzuführen sei; vgl. *Donohue / Levitt*, 116 Q. J. Econ. 379 (2001)), während Forschung, die naheliegende und für die Rechtsanwendung wichtige Zusammenhänge klärt, weniger Aufmerksamkeit erhält; (2.) weil die meisten Top-Journals in den USA erscheinen, beziehen sich auch europäische Autoren häufig nicht auf europäische Beispiele; (3.) Ergebnisse, die eine geläufige Annahme erstmals methodisch einwandfrei bestätigen oder ein bereits bekanntes Modell geringfügig ändern, um es den Bedingungen tatsächlicher Rechtssysteme anzupassen, besitzen keinen wissenschaftlichen Neuigkeitswert und haben es deshalb schwer, in Top-Journals zu erscheinen; (4.) Ergebnisse, die eine Hypothese nicht bestätigen, werden seltener publiziert als solche, die eine Annahme bestätigen oder eindeutig widerlegen. Zur ökonomischen Publikationspraxis siehe auch *Hamermesh*, 51 J. Econ. Lit. 162 (2013).

⁴⁹⁸ Siehe dazu einerseits *Fezer*, JZ 1986, 817, 823; andererseits *Engel*, in: ders. (Hrsg.), *Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter* (1998), S. 11, 39.

⁴⁹⁹ Vgl. *Binder*, *Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht* (2012), S. 32–34 (mit Bezug auf das Kapitalgesellschaftsrecht).

Den Ausgangspunkt dazu bilden die Fragen, weshalb Menschen das Recht befolgen⁵⁰⁰ und wie Rechtsprechung⁵⁰¹ oder neue Gesetze wirken.⁵⁰² Ein Verständnis der Wirkungsweise von (Privat-)Recht im Allgemeinen, vor allem aber von einzelnen Normen bzw. Normenarten, ist fundamental, wenn es darum geht, die Folgen des Privatrechts zu erforschen. Eine folgenorientierte Privatrechtswissenschaft beschränkt sich aber nicht auf die Betrachtung einzelner Vorschriften und ihrer Wirkungen, sondern nimmt das Privatrecht in seiner Gesamtheit in den Blick. Auf dieser Grundlage lässt sich ein *folgenorientiertes System* des Privatrechts entwickeln, welches eine alternative Erklärung des geltenden Rechts bieten kann, wobei es freilich gänzlich anderen Ordnungsgesichtspunkten folgt als die bekannten prinzipienbasierten Systeme.

Ausgangspunkt einer folgenorientierten Rechtswissenschaft sind stets bestimmte rechtliche Fragestellungen bzw. rechtliche Tatbestände. Grundelemente eines solchen, an den tatsächlichen Folgen ausgerichteten Systems sind deshalb, ausgehend von den konkreten Rechtsnormen eines Teilgebiets des Privatrechts, die unterschiedlichen Regelungsziele und Regelungsmittel des Rechts. Dazu können etwa unterschiedliche rechtliche Steuerungsinstrumente, die für das gesamte Privatrecht Bedeutung haben, identifiziert und vergleichend untersucht werden. So kann z.B. die Steuerungswirkung von Unterlassungsansprüchen mit der von Schadensersatzansprüchen verglichen werden. Aber auch die Feinsteuerung einzelner Instrumente kann vergleichend evaluiert werden.⁵⁰³ Weiterhin können die Regelungsziele in unterschiedliche Gruppen klassifiziert und untersucht werden, welche Steuerungsinstrumente besser für die Verfolgung bestimmter Ziele geeignet sind. Als auflösungsbedürftige Problemfälle eines folgenorientierten Privatrechtssystems erscheinen etwa inkompatible Verhaltensanreize, die von einer oder verschiedenen Normen des Rechtssystems ausgehen. Um derartige Anreizkonflikte aufzulösen, müssen die vom Gesetzgeber bezüglich eines bestimmten Lebensbereichs insgesamt (d.h. mittels aller in Frage kommenden Normen des Privatrechts, des Öffentlichen Rechts, des Steuerrechts, des Strafrechts etc.) verfolgten Steuerungsziele ermittelt und in einen Gesamtzusammenhang gebracht werden. Erst aufgrund einer solchen Gesamtschau kann dann entschieden werden, welche Verhaltensanreize aus systematischen Gründen zurückzutreten haben.

An dieser Stelle geht es nur darum, das Potential einer systematisch-folgenorientierten Privatrechtswissenschaft aufzuzeigen, nicht dagegen darum, eine

⁵⁰⁰ Dazu grundlegend *Tyler*, *Why people obey the law* (1990), der insbesondere die Legitimität einer Regelung als wichtigen psychologischen Faktor identifiziert; modifizierend *Jackson/Bradford/Hough u. a.*, *Brit. J. Criminol.* 52 (2012), 1051 ff.

⁵⁰¹ Siehe dazu z.B. *Gilbert*, 40 *J. Leg. Stud.* 333 (2011); *Höland*, *ZfRSoz* 30 (2009), 23 ff.

⁵⁰² Siehe z.B. *Klose*, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 347 ff. (am Beispiel des AGG).

⁵⁰³ Für ein Beispiel siehe *Engel/Goerg/Yu*, *Symmetric vs. Asymmetric Punishment Regimes for Bribery* (2012), die untersuchen, wie sich die Abschreckungswirkung verändert, wenn bei Bestechung/Bestechlichkeit der Beamte strenger bestraft wird als der Bestechende.

eigene folgenorientierte Privatrechtstheorie zu entwickeln.⁵⁰⁴ Selbstverständlich erschöpfen die genannten Anwendungsfelder und Beispiele die Möglichkeiten einer folgenorientierten Privatrechtswissenschaft nicht. Jenseits des durch die Rechtsdogmatik gesetzten Rahmens einer direkten Praxisverwertbarkeit lassen sich eine Vielzahl alternativer Ansätze und Methoden der folgenorientierten Privatrechtsanalyse denken.

Wichtig ist aber, dass die Ergebnisse einer solchen rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung nicht unverbunden neben Rechtsdogmatik und Rechtspolitik stehen, sondern – weil die folgenorientierte Privatrechtswissenschaft mit Rechtsdogmatik und Rechtspolitik denselben fachlichen Rahmen teilt und um die besonderen Voraussetzungen praktischer Anwendbarkeit weiß – diese vielmehr befruchten und zu Weiterentwicklungen anregen können, die sich letztendlich im geltenden Recht widerspiegeln. So können die Ergebnisse folgenorientierter Untersuchungen beispielsweise genutzt werden, um zu begründen, weshalb es in einem Fall erforderlich ist, rechtsfortbildend eine bestimmte Anspruchsgrundlage zu schaffen (z. B. weil sich allein mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln das Regelungsziel nicht erreichen lässt), während es in einem anderen Fall genügt, die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände zu modifizieren, um das Regelungsziel zu erreichen. Die Identifizierung von systemwidrigen Verhaltensanreizen kann dazu führend, die teleologische Reduktion der betreffenden Norm zu begründen.⁵⁰⁵ Vor allem bereitet ein folgenorientiertes Privatrechtssystem aber wertvolle Grundlagen für den Gesetzgeber, indem es diesem z. B. bei der Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Regelungsinstrument zur Erreichung eines vorgegebenen Regelungsziel Hilfestellung zu geben vermag.⁵⁰⁶

4. Fehlen rechtlicher Wertungsmaßstäbe?

Ein letzter Einwand gegen eine folgenorientierte Privatrechtswissenschaft, der hier behandelt werden soll, bestreitet, dass sich aus der Betrachtung tatsächlicher Folgen *rechtswissenschaftlich* verwertbare Ergebnisse generieren lassen. Damit ist gemeint, dass nur solche Ergebnisse einer folgenorientierten Rechtswissenschaft Grundlage für die Rechtsdogmatik sein können, welche die rechtsdogmatisch relevanten Wertungen teilen. Konkret tritt dieser Einwand in zwei unterschiedlichen Formen auf.

Erstens wird gegen eine folgenorientierte Rechtswissenschaft eingewandt, dass sich aus empirischen Erkenntnissen keine normativen Wertungen ableiten lassen.⁵⁰⁷ Grundlage dieser Kritik ist der Vorwurf eines Sein-Sollens-Fehlschlus-

⁵⁰⁴ Zu einigen methodischen Bausteinen einer solchen Theorie siehe sogleich S. 438 ff.

⁵⁰⁵ Ausführlich zur regulatorischen Rechtsanwendung unten S. 647 ff.

⁵⁰⁶ Dazu unten S. 565 ff.

⁵⁰⁷ E. v. Savigny, in: Albert/Luhmann/Maihofer u. a. (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft* (1972), S. 97, 104 f.; siehe auch Koch/Rießmann, *Juristische Begründungslehre* (1982), S. 227.

ses. Dieser Einwand trifft aber nicht den Kern einer normativ-folgenorientierten Rechtswissenschaft, denn der normativen Folgenbewertung liegt ebenso wenig wie der prinzipienbasierten Wertung ein naturalistischer Fehlschluss zugrunde. Auch ein bestimmtes Rechtsprinzip erhält nicht allein durch seine Behauptung rechtliche Geltung, sondern dadurch, dass es sich in das bestehende Recht und seine Wertungen einfügt. In gleicher Weise haben allein die tatsächlichen Folgen des Rechts noch keine rechtliche Relevanz; eine solche ergibt sich erst daraus, dass diese Folgen Gegenstand eines *rechtlichen* Werturteils werden können. Entscheidend ist deshalb, ob die folgenorientierte Rechtswissenschaft über rechtlich relevante Wertungsmaßstäbe verfügt.

Zweitens wird behauptet, privatrechtliche Wertungsmaßstäbe seien nicht auf die Folgen einer Regelung, sondern (allein) darauf bezogen, inwieweit diese die Interessen der beteiligten Parteien in einen gerechten Ausgleich bringe.⁵⁰⁸ Hintergrund ist die Auffassung, dass nur die *iustitia commutativa* die dem Privatrecht angemessene Gerechtigkeitsform sei.⁵⁰⁹ Die *iustitia commutativa* bewertet die Gerechtigkeit aber ausschließlich nach dem Verhältnis der an der konkreten Rechtsbeziehung beteiligten Personen,⁵¹⁰ nimmt also eine Dekontextualisierung der bewerteten Beziehung vor und schließt daher die tatsächlichen Folgen ausdrücklich aus der Bewertung aus.⁵¹¹ Eng damit verbunden ist die Idee, dass das Privatrecht auf das Prinzip der Privatautonomie, also auf „die Anerkennung der ‚Selbstherrlichkeit‘ des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse“,⁵¹² gegründet sei. Denn wenn die Rechtsordnung tatsächlich die „Selbstherrlichkeit“ des Einzelnen als Ausdruck der Gerechtigkeit anerkennt,⁵¹³ wäre es illegitim, die durch die privatautonome Gestaltung bewirkten tatsächlichen Folgen zum Gegenstand einer eigenständigen normativen Bewertung zu machen. Demnach wäre eine folgenorientierte Privatrechtswissenschaft bloß als beschreibende Auseinandersetzung mit dem Privatrecht denkbar; rechtlich relevante normative Wertungen ließen sich mit ihrer Hilfe dagegen aus prinzipiellen Gründen nicht gewinnen.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 168 f.: „Unter einer ‚gerechten‘ Fallentscheidung versteht der Zivilrichter eine solche, die dem berechtigten Anliegen beider Parteien Rechnung trägt, einen ausgewogenen Interessenausgleich herstellt und daher von jeder Partei, sofern sie auch das Interesse der Gegenpartei angemessen berücksichtigt, akzeptiert werden kann.“ Siehe auch *Larenz*, Richtiges Recht (1979), S. 33, wonach die Zweckmäßigkeit nicht Teil der Rechtsidee sei.

⁵⁰⁹ Zu dieser Auffassung siehe die Nachweise S. 376 f., Fn. 284.

⁵¹⁰ Siehe z. B. *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 11: *iustitia commutativa* als „Gerechtigkeit *ohne* Ansehung der Person“.

⁵¹¹ Vgl. *Arnold*, Vertrag und Verteilung (2014), S. 155.

⁵¹² *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 6.

⁵¹³ Vgl. *Canaris*, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 46.

⁵¹⁴ So (bezogen auf das Effizienzkriterium der ökonomischen Analyse) *Fezer*, JZ 1988, 223, 226 f.

Es würde den Rahmen dieser Studie sprengen, hier eine folgenorientierte Rechtsethik zu entwerfen. Dies ist aber auch nicht erforderlich, um den Einwand, der folgenorientierten Rechtswissenschaft fehle es an rechtlichen Wertmaßstäben, zu widerlegen. Dazu genügt es vielmehr, in einem ersten Schritt zu zeigen, dass es normative Bewertungskriterien gibt, die auf tatsächliche Folgen bezogen sind. In einem zweiten Schritt ist darzulegen, dass diese Kriterien rechtliche Relevanz besitzen und nicht mit Verweis auf den Gegensatz von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* als für das Privatrecht irrelevant erklärt werden können. Schließlich ist in einem dritten Schritt zu belegen, dass die Bewertung des Rechts anhand des Zwecks der Regelung rechtlich verwertbare Ergebnisse generiert und nicht zu uferlosen Rechtfertigungsmöglichkeiten führt.

a. Folgenbezogene Wertungskriterien

Im Rahmen der Ethik kann man zwischen deontologischen und konsequentialistischen bzw. teleologischen Ansätzen zur Bewertung menschlichen Verhaltens unterscheiden.⁵¹⁵ Erstere bewerten Verhalten aus sich selbst heraus bzw. anhand seiner Eigenschaften, letztere anhand der dadurch hervorgerufenen Folgen.⁵¹⁶

Die bekannteste konsequentialistische Ethik ist der Utilitarismus. Dieser bewertet Handlungen danach, welchen Nutzen im Sinne einer Steigerung des Wohlergehens aller sie zur Folge haben.⁵¹⁷ Der ökonomischen Analyse wird teilweise der Vorwurf gemacht, das Effizienzkriterium einzelfallbezogen anzuwenden und damit Werte wie Rechtssicherheit zu gefährden.⁵¹⁸ Dies ist aber nicht bei jeder Art der utilitaristischen Folgenbewertung notwendigerweise der Fall. Denn der Utilitarismus bildet keine einheitliche Theorie, vielmehr kann man eine Reihe unterschiedlicher Ausprägungen unterscheiden. Besonders wichtig im vorliegenden Zusammenhang ist die Unterscheidung von Handlungs- und Regelutilitarismus.⁵¹⁹ Während ersterer allein auf den Nutzen einer bestimmten Handlung abstellt, verallgemeinert letzterer die konkrete Handlung zu einer Klasse ähnlicher Handlungen und fragt danach, welche Auswirkungen es auf den Nutzen aller hätte, wenn man bei dieser Klasse von Handlungen die konkret getroffene Entscheidung zu einer allgemeinen Regel erheben würde.⁵²⁰ Damit

⁵¹⁵ Grundlegend zu dieser Unterscheidung *Broad*, *Five Types of Ethical Theory* (1930), S. 206. Siehe auch bereits oben S. 367, Fn. 241 und S. 378.

⁵¹⁶ *Fahrenbach*, in: HWPh, Bd. II (1972), S. 114.

⁵¹⁷ Siehe Nachweise S. 378, Fn. 294.

⁵¹⁸ *Fezer*, JZ 1988, 223, 227. Vgl. auch *Bebrens*, in: Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (1994), S. 35, 49 (die ökonomische Analyse stellt auf die Einzelhandlung, nicht die Handlungsregel ab).

⁵¹⁹ Einführend dazu *Höffe*, in: ders. (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*⁵ (2013), S. 7, 28–40.

⁵²⁰ Grundlegend *Urmson*, *Philosophical Quarterly* 3 (1953), 33 ff.; *Brandt*, in: Höffe (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*⁵ (2013), S. 181, 186; *Rawls*, *Philosophical Review* 64 (1955), 3 ff. (*Rawls* hat später seine Ansicht geändert und sich vom Utilitarismus abgewandt; dazu sogleich im Haupttext).

nimmt der Regelutilitarismus eine zweistufige Prüfung vor und wendet das utilitaristische Prinzip erst auf die generalisierte Regel an.⁵²¹ Der Unterschied lässt sich anhand der Frage verdeutlichen, ob jemand ein abgegebenes Versprechen (oder einen Vertrag) halten soll. Aus Sicht des Handlungsutilitarismus ist diese Frage unter Berücksichtigung aller Besonderheiten des Einzelfalls zu beantworten. Sollte sich dabei herausstellen, dass in diesem konkreten Fall aus Sicht aller mehr Vorteile entstehen, wenn das Versprechen/der Vertrag gebrochen wird, so ist dies das moralisch richtige Verhalten. Demgegenüber fragt der Regelutilitarismus danach, welche tatsächlichen⁵²² Folgen es hätte, wenn jeder so handeln würde und Versprechen/Verträge daher wertlos wären. Da anzunehmen ist, dass die tatsächlichen Nachteile einer solchen Unverbindlichkeit die vereinzelt Vorteile übersteigen, ist es moralisch richtig, das konkrete Versprechen/den konkreten Vertrag unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls zu erfüllen.

Der Utilitarismus wurde mit unterschiedlichen Argumenten kritisiert:⁵²³ So benötigt er die grundlegende Annahme, dass sich der Nutzen verschiedener Handlungen nicht nur innerhalb einer Person, sondern auch zwischen Personen vergleichen und bewerten lässt. Ein solcher intra- und interpersonaler Nutzenvergleich ist aber bis heute nicht überzeugend gelungen.⁵²⁴ Daneben wird dem Utilitarismus zum Vorwurf gemacht, einen simplen Hedonismus zu predigen. Damit zusammenhängend wird vorgebracht, es sei nicht erwiesen, weshalb die Steigerung des Wohlergehens aller ein moralisches Ziel sei. Und schließlich wird auf die Unvereinbarkeit von utilitaristischen Wertungen mit (prinzipienbasierten) Gerechtigkeitsvorstellungen wie den Menschenrechten hingewiesen. Der letzte Kritikpunkt, dem im vorliegenden Zusammenhang besondere Bedeutung zukommt, ist darauf gestützt, dass der Utilitarismus (ähnlich wie das *Kaldor-Hicks-Kriterium* der ökonomischen Analyse des Rechts⁵²⁵) allein auf den kollektiven Nutzen ausgerichtet ist und zu diesem Zweck eine Verrechnung der Vor- und Nachteile einer Handlung/Handlungsregel auch dann zulässt, wenn diese bei unterschiedlichen Personen eintreten. Damit könnte unter extremen Bedingungen auch eine Sklaven- oder Feudalherrschaft gerechtfertigt werden, wenn nämlich die sozialen Ungleichheiten durch einen enormen Vorteil Einzelner aufgewogen würden.⁵²⁶

Derartige Kritik vermeiden Gerechtigkeitstheorien, die zwar auch die Folgen von Handlungen bewerten, dazu aber ein prinzipienbasiertes Kriterium verwen-

⁵²¹ Vgl. die graphische Darstellung bei Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien* (1995), S. 165, der zusätzlich noch einen dreistufigen „halbierten Regelutilitarismus“ daneben stellt.

⁵²² Der Unterschied zu *Kants* kategorischem Imperativ besteht darin, dass dieser nicht auf tatsächliche Folgen, sondern auf apriorisch erkennbare Konsequenzen abstellt; vgl. Höffe, in: ders. (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*⁵ (2013), S. 7, 43 f.

⁵²³ Siehe zum Folgenden Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien* (1995), S. 154–160.

⁵²⁴ *Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics* (2008), S. 376 f. erhofft sich in dieser Hinsicht Hilfe von einer Fortentwicklung der Neurowissenschaften.

⁵²⁵ Siehe dazu bereits oben S. 378 f.

⁵²⁶ Höffe, in: ders. (Hrsg.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*⁵ (2013), S. 7, 44–47.

den. Besondere Aufmerksamkeit hat in diesem Bereich die Gerechtigkeitstheorie von *John Rawls* erfahren, die dieser ausdrücklich in Abgrenzung zum Utilitarismus entworfen hat.⁵²⁷ *Rawls* gewinnt aus einem Gedankenexperiment, der Idee, dass sich alle Menschen aus einer Position der Unwissenheit über die eigenen Eigenschaften und Position in der Gesellschaft (so genannter „veil of ignorance“)⁵²⁸ auf bestimmte Gerechtigkeitsprinzipien einigen können, unter anderem die so genannte „maximin“-Regel, derzufolge bei der Wahl zwischen unterschiedlichen Handlungen stets diejenige Alternative gewählt werden sollte, deren Folgen die Situation des am schlechtesten Gestellten am meisten verbessert.⁵²⁹ Eng verwandt damit ist *Otfried Höffe*s Kriterium des „distributiven Vorteils“, demzufolge eine Regel dann gerecht ist, wenn sie nicht nur positive Folgen für die betroffene Gruppe insgesamt, sondern auch – wenn auch möglicherweise in unterschiedlichem Ausmaß – für jedes einzelne Gruppenmitglied mit sich bringt.⁵³⁰ Anders als der Utilitarismus entgehen solche folgenorientierte Gerechtigkeitskonzeptionen der Gefahr, fundamentale Werte der prinzipienbasierten Rechtsauffassung in Frage zu stellen, und eignen sich deshalb besonders gut für eine folgenorientierte Privatrechtswissenschaft.

Die kursorische Diskussion folgenorientierter Wertungskriterien kann an dieser Stelle abgebrochen werden, denn im vorliegenden Zusammenhang genügt es zu zeigen, dass es aus ethischer Sicht ohne weiteres möglich ist, Handlungen und handlungsanleitende Regeln wie z. B. Rechtsnormen allein anhand der daraus resultierenden Folgen zu bewerten und dass dazu eine Reihe philosophischer Theorien zur Verfügung stehen, die praktisch verwendbare Wertungskriterien entwickelt haben.

b. Rechtliche Relevanz folgenbezogener Wertungskriterien

Entscheidend für das hier verfolgte Argumentationsziel ist, ob eine solche folgenorientierte Bewertung nicht nur auf ethischer Ebene vorgenommen werden kann, sondern ob sie auch rechtlich relevant ist.⁵³¹ Ebenso wie im Rahmen prinzipienbasierter Privatrechtssysteme unterschiedliche Gerechtigkeitskonzepte an-

⁵²⁷ Siehe *Rawls*, *A Theory of Justice* (1971), S. 22. Dagegen versucht *Höffe*, *Kategorische Rechtsprinzipien* (1995), S. 309–318 zu zeigen, dass *Rawls* in der Begründung seiner Theorie diesen Anspruch nicht einlöst.

⁵²⁸ *Rawls*, *A Theory of Justice* (1971), S. 136–142.

⁵²⁹ *Rawls*, *A Theory of Justice* (1971), S. 152–156; siehe auch ebd., S. 302 zum „Differenzprinzip“, demzufolge sozial ungleiche Folgen nur unter der Bedingung zulässig sind, dass die am wenigsten Bevorzugten daraus (bei Beachtung eines Sparsamkeitsprinzips) den größten Vorteil erzielen.

⁵³⁰ *Höffe*, *Politische Gerechtigkeit* (1987), S. 79 f.

⁵³¹ Die Antwort auf diese Frage hängt auch davon ab, in welchem Verhältnis Recht und Moral zueinander stehen. Dieses Verhältnis, das hier nicht vertieft werden kann, muss jedoch dann nicht geklärt werden, wenn gezeigt werden kann, dass selbst aus Sicht des Trennungsprinzips (siehe zu diesem insbesondere *Hart*, *The Concept of Law* (1961), S. 195–207 sowie *Behrends*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly* (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts* (1994), S. 1, 16–33

gelegt werden können, impliziert eine folgenorientierte Rechtstheorie noch kein bestimmtes Kriterium der Folgenbewertung. Nach überzeugender Ansicht kann ein Wertmaßstab – selbst bei grundsätzlicher Trennung von Recht und Moral – dann *rechtliche* Relevanz beanspruchen, wenn gezeigt werden kann, dass sich die entsprechenden Wertungen im Gesetz bzw. in der Verfassung selbst niedergeschlagen haben, sie also positiviert wurden.⁵³² Dies ist bei einer folgenbezogenen Bewertung nicht anders, allerdings darf man hier nicht bei einem prinzipienbasierten Rechtsbegriff stehen bleiben.⁵³³ Vielmehr lassen sich folgenbezogene Wertungen im Recht nur dann sinnvoll identifizieren, wenn man die Annahme zugrunde legt, dass das (Privat-)Recht gerade darauf ausgerichtet ist, steuernd in die Gesellschaft einzugreifen.

Eine folgenorientierte Privatrechtstheorie kann vor diesem Hintergrund zunächst rein positivistisch vorgehen, indem sie den Willen des historischen Gesetzgebers (die gesetzgeberische Regulierungsintention)⁵³⁴ zum Maßstab der Folgenbewertung macht. In diesem Sinne ist es Gegenstand einer folgenorientierten Privatrechtswissenschaft, die Regelungsziele des historischen Gesetzgebers zu identifizieren und sodann zu überprüfen, ob diese in der sozialen Realität erreicht wurden.⁵³⁵ Eine solche Bewertung kann Grundlage für rechtsdogmatische oder rechtspolitische Folgerungen sein. Darüber hinaus können einzelne Regelungen auch an den im Rahmen eines folgenorientierten Privatrechtssystems entwickelten Gesamtregulierungszielen eines bestimmten Teilrechtsgebiets⁵³⁶ gemessen werden. Soweit die Wertung auch rechtsdogmatisch relevant sein soll, kommt diesen positivistischen Wertungsmaßstäben Vorrang vor abstrakten folgenbezogenen Gerechtigkeitskriterien zu, da es sich um konkrete Wertentscheidungen des Gesetzgebers handelt, die vom praktischen Rechtsanwender grundsätzlich zu beachten sind.⁵³⁷

zur Trennung von „Rechtsethik“ und „reiner Ethik“) den genannten ethischen Kriterien rechtliche Relevanz zukommt.

⁵³² Bydłinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 317–369; Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. IV (1977), S. 387–390; Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 110–114, 169 f.; kritisch z. B. Pawłowski, Methodenlehre für Juristen³ (1999), S. 377–386.

⁵³³ Es ist deshalb wenig überraschend, wenn Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip³ (2005), S. 467–476 entgegen der oberflächlichen Gleichsetzung bei Ott, in: Ott / Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung (1989), S. 25, 27–30 keine Übereinstimmung zwischen Rechtsprinzipien und dem ökonomischen Effizienzziel feststellen kann. Zur theoretischen Unvereinbarkeit von Gerechtigkeits- und Effizienzkriterien siehe bereits oben S. 376 ff.

⁵³⁴ Siehe oben S. 408.

⁵³⁵ Dies ist im Wesentlichen das Programm der retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung; siehe zu dieser Böhret / Konzendorf, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) (2001), S. 255–311.

⁵³⁶ Siehe dazu oben S. 428.

⁵³⁷ Siehe dazu auch (im Rahmen eines prinzipienbasierten Gerechtigkeitstheorie) Larenz / Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 169.

Die eigentlich relevante Wertungsfrage beginnt erst dort, wo der Rechtswissenschaftler folgenbezogene Kriterien an das Recht anlegt, die sich nicht eindeutig auf einen konkreten gesetzgeberischen Willen zurückführen lassen. Theoretisch wäre es möglich, in diesem Bereich der Wissenschaft mit Blick auf die fehlende demokratische Legitimation eine strenge „Neutralitätspflicht“ aufzuerlegen.⁵³⁸ Eine solche Neutralität ist aber praktisch nicht möglich, denn jede wissenschaftliche Aussage, die letztlich in die praktische Rechtsanwendung einfließt, generiert faktische Steuerungswirkungen und es ist keine Lösung, vor dieser Konsequenz den Kopf in den Sand zu stecken. Vielmehr können gerade wissenschaftlich nicht beachtete und damit unkoordinierte Steuerungswirkungen auch die Erreichung gesetzgeberisch eindeutig legitimierter Ziele gefährden. Wie es im Rahmen der prinzipienbasierten Privatrechtstheorie zulässig ist, über den Willen des Gesetzgebers hinaus die „dem Gesetz“ selbst zugrunde liegenden Wertungen zur Grundlage der Auslegung zu machen,⁵³⁹ ist es ebenso legitim, Folgenbewertung auch jenseits gesetzlich klar angelegter Regelungsziele zu betreiben. Damit lässt sich die Suche nach zulässigen Wertungskriterien als Frage umformulieren, welche Regelungsziele in der Werteordnung des Grundgesetzes angelegt sind. An dieser Stelle kann an die Ergebnisse der staats- und grundrechtlichen Untersuchung angeknüpft werden.⁵⁴⁰ Demnach liegt dem Grundgesetz ein offener, prozeduraler Gemeinwohlbegriff zugrunde, der die Bestimmung des öffentlichen Interesses – als Ausdruck legitimer und damit grundsätzlich wertungsrelevanter Ziele – einerseits dem Parlament, andererseits aber auch der Gesellschaft überlässt. Eindeutige Vorgaben bestehen nur dort, wo ausnahmsweise im Rahmen der hohen Hürden des Untermaßverbots ein Ziel als Ausdruck einer grundrechtlichen Schutzpflicht zwingend vorgegeben ist. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind also im Allgemeinen denkbar gering und erlauben es der folgenorientierten Rechtswissenschaft, in Konkretisierung des öffentlichen Interesses⁵⁴¹ Wertungsmaßstäbe etwa aus der immanenten Sachstruktur des regulierten Bereichs zu gewinnen.⁵⁴² Darüber hinaus lassen sich aber auch folgenbezogene Gerechtigkeitskriterien wie die Rawlsche „maximin“-Regel oder der Höffesche „distributive Vorteil“ heranziehen, im Rahmen der durch die Grundrechte vorgegebenen äußeren Grenzen⁵⁴³ auch das Nutzenprinzip des Utilitarismus, insbesondere des Regelutilitarismus. Denn diese Prinzipien ermöglichen eine rationale folgenbezogene Bewertung des Privatrechts und können damit dazu beitragen,

⁵³⁸ Vgl. *Kirchner*, in: FS Schäfer (2008), S. 37, 44, 46 (mit Bezug auf das ökonomische Effizienzkriterium).

⁵³⁹ Siehe nur *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 139 f.

⁵⁴⁰ Siehe insbesondere oben S. 239 ff. sowie S. 316.

⁵⁴¹ Vgl. *Würtenberger*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung (2010), S. 3, 9 f. (rechtsdogmatischer Diskurs als „Treuhänder der *volonté générale*“).

⁵⁴² Dazu bereits oben S. 408.

⁵⁴³ Siehe dazu sogleich S. 437.

im wissenschaftlichen Diskurs Gerechtigkeitslücken zu identifizieren und Wege zu ihrer Schließung aufzuzeigen.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich bereits, dass es nicht angehen kann, die Folgenbewertung im Privatrecht auf Aspekte der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) zu beschränken. Vielmehr wird eine rechtsethische Folgenbewertung regelmäßig aus der Sichtweise der Verteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*) erfolgen, weil diese eine umfassende Würdigung des tatsächlichen Steuerungsergebnisses einer Norm ermöglicht.⁵⁴⁴ Daneben gibt es aber auch Konstellationen, in welchen die *iustitia commutativa* der angemessene Maßstab einer Folgenbewertung ist, etwa wenn untersucht werden soll, ob eine bestimmte Regelung dazu geeignet ist, einen gerechten Ausgleich für die Folgen einer Rechtsverletzung zu bewirken. Die Abgrenzung zwischen prinzipienbasierter und folgenorientierter Wertung im Privatrecht kann also nicht gleichgesetzt werden mit der Unterscheidung von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva*. Letztlich lassen sich diese beiden Gerechtigkeitsformen im Privatrecht ohnehin nicht klar trennen, vielmehr liegt „[a]m Grunde jeder kommutativen [...] eine distributive Gerechtigkeitsfrage“.⁵⁴⁵ Denn ein Urteil darüber, ob ein Ausgleich (etwa von Leistung und Gegenleistung oder von erlittenem Schaden und erhaltenem Ersatz) angemessen ist, kann nur gefällt werden, wenn zuvor geklärt ist, ob die – rechtlich determinierten – Ausgangsbedingungen beider Parteien unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit korrekturbedürftig erscheinen. Die viel beschworene Freiheit, auch ein schlechtes Geschäft zu machen,⁵⁴⁶ billigt die Rechtsordnung nur demjenigen zu, der tatsächlich in der Lage ist, die Tragweite seiner Entscheidung zu erfassen. Wenn sich dagegen ein Minderjähriger, der die Konsequenzen seines Handelns nicht überblicken kann, auf ein für ihn nachteiliges Geschäft einlässt, wird man dieses nicht mit dem Grundsatz „*volenti non fit iniuria*“ als durch die ausgleichende Gerechtigkeit gedeckt ansehen. Anders gewendet: Erst wenn das in die Verteilung (rechtlicher Macht) eingreifende staatliche Steuerungsziel, die Möglichkeit eines Geschäfts im besten eigenen Interesse sicherzustellen, erreicht ist, beginnt der Bereich der Privatautonomie, deren Ausübung einer rechtsethischen Bewertung entzogen ist.

c. Normative Grenzen einer zweckbezogenen Rechtsrechtfertigung

Das letztgenannte Beispiel des Verhältnisses von staatlichem Paternalismus und Privatautonomie wirft die Frage auf, welche Grenzen einer folgenbezogenen rechtsethischen Bewertung gezogen sind. Sofern ein legitimes Steuerungsziel, also letztlich ein bestimmter Zweck des Rechts, identifiziert ist, droht die Gefahr,

⁵⁴⁴ Siehe zum Zusammenhang von Verhaltenssteuerung durch Privatrecht und *iustitia distributiva* auch Arnold, Vertrag und Verteilung (2014), S. 391–405.

⁵⁴⁵ Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 69.

⁵⁴⁶ Siehe z. B. Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 56.

dass dieser Zweck die Mittel heiligt. In diesem Sinne kann man etwa dem Utilitarismus vorwerfen, zur Verwirklichung des kollektiven Wohls selbst die Menschenrechte zu opfern.⁵⁴⁷ Dieses Problem stand bereits *Jhering* als Konsequenz seines folgenbezogenen Rechtsverständnisses klar vor Augen und er vertrat die Ansicht, dass es niemals gelingen könne, die Grenze des „Bis hierher und nicht weiter“ klar zu bestimmen; die Frage sei eine „ewig flüssige“.⁵⁴⁸ Im Rahmen einer allein auf das kollektive Wohl ausgerichteten Rechtsethik lässt sich eine solche Grenze in der Tat kaum oder sogar gar nicht ziehen.

An dieser Stelle liegt deshalb eine Grenze der rein folgenorientierten Rechtswissenschaft. Denn ebenso wie eine rein prinzipienbasierte Rechtswissenschaft wesentliche Aspekte des Privatrechts nicht adäquat erfassen kann, müssen auch der rein folgenbezogenen Privatrechtstheorie Grenzen durch ein prinzipienbasiertes Recht, insbesondere durch die Grundrechte, gesetzt werden. Die grundrechtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung ist genau auf die Lösung dieses Konflikts ausgerichtet. Sie erweitert die Wertung dahin, dass das verfolgte Regelungsziel nicht absolut gesehen und damit maximiert werden darf, sondern dass vielmehr zu prüfen ist, ob und ggf. in welche Rechtsgüter (ein prinzipienbasiertes Konzept) durch die Verfolgung dieses Regelungsziels eingegriffen wird. Ein solcher Eingriff ist dann nur zulässig, wenn er nicht nur geeignet und erforderlich ist, um das Regelungsziel zu verwirklichen, sondern wenn auch das Regelungsziel bei wertender, d. h. prinzipiengeleiteter Betrachtung nicht weitaus geringer einzustufen ist als das betroffene Rechtsgut.

Eine solche notwendige Einschränkung stellt allerdings nicht die Zulässigkeit oder Sinnhaftigkeit folgenbezogener Wertungen insgesamt in Frage. Dies zeigt sich bereits daran, dass die folgenorientierte Bewertung im Rahmen von Kriterien wie der Rawlsschen „maximin“-Regel oder des Höffschen „distributiven Vorteils“ eine solche Selbstbeschränkung des Zwecks selbst zu leisten vermag. Es ist also letztlich vom Kriterium der Folgenbewertung abhängig, welche Einschränkungen erforderlich sind, um nicht nur den Anforderungen einer rein folgenorientierten, sondern einer umfassenden Privatrechtswissenschaft – für die diese Studie eintritt – gerecht zu werden.

⁵⁴⁷ Siehe Nachweis S. 432, Fn. 526.

⁵⁴⁸ *Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I² (1884), S. 536.

§ 9 Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie

In diesem Kapitel soll im Anschluss an die vorhergehenden generellen Ausführungen zu einer folgenorientierten Rechtswissenschaft skizziert werden, wie eine rechtswissenschaftliche Methode zur Analyse der Regulierungsfunktion im Detail aussehen könnte.¹ Diese Methode ist darauf ausgerichtet, die bislang noch recht vage gebliebene Regulierungsfunktion des Rechts analytisch zu konkretisieren, um damit insbesondere eine vergleichende Evaluation unterschiedlicher regulatorischer Normen zu ermöglichen. Die Ergebnisse eines solchen Vergleichs können wiederum Grundlage für rechtsdogmatische Folgerungen sein oder die Gesetzgebung anleiten.²

Als Grundkategorien der skizzierten Methode sollen einerseits die Regulierungsziele (dazu unter I.), andererseits die Regulierungsinstrumente (dazu unter II.) eingeführt werden. Besonders wichtig für die vergleichende Evaluation ist das konkrete Zusammenspiel dieser beiden Grundelemente (dazu unter III.).

I. Regulierungsziele

Die Regulierungsziele bilden die zentrale Kategorie einer Regulierungswissenschaft, denn erst der Bezug auf ein über den eigentlichen Normbefehl hinausreichendes Ziel des Rechts kennzeichnet die folgenorientierte Rechtswissenschaft.³ Unter einem Regulierungsziel soll der soziale, d. h. tatsächliche Zustand verstanden werden, den die regulierende Instanz – sei es der Gesetzgeber, eine Behörde oder ein Gericht – mit ihrer regulatorischen Rechtssetzung oder Rechtsanwendung erreichen möchte.⁴ Das Regulierungsziel ist also nicht gleichbedeutend mit der Normbefolgung, sondern stellt vielmehr den Effekt dar, den sich die regulierende Instanz durch die Beachtung der regulatorischen Norm beim Regulie-

¹ Die hier skizzierte Methode erhebt dabei keinen Ausschließlichkeitsanspruch. Vielmehr sind auch andere Ansätze einer folgenorientierten Rechtswissenschaft denkbar und – je nach Erkenntnisinteresse – vorzugswürdig.

² Siehe dazu ausführlich unten S. 564 ff. und S. 646 ff.

³ Siehe oben S. 369.

⁴ Ähnlich Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 113 f.: „soziale[r] Zustand[\\] [...], der mit der staatlichen Intervention erreicht werden soll“.

rungsadressaten (der nicht mit dem Normadressanten identisch sein muss) erhofft.⁵ Beispiele für Regulierungsziele in diesem Sinne sind die Reduzierung der Zahl von Verkehrsunfällen, sei es generell oder auf einer bestimmten Straße; die Verstärkung der Repräsentanz von Frauen in bestimmten gesellschaftlichen Bereichen, etwa in den Führungsetagen der Wirtschaftsunternehmen; die Stärkung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs um Verbrauchergeschäfte innerhalb der EU; die Verhinderung von Internetseitengestaltungen, die zu vom Verbraucher ungewollten Vertragsschlüssen führen; die energetische Sanierung möglichst vieler Gebäude; die Optimierung hygienischer Standards in Gaststätten; oder wirtschaftliche Erleichterungen für Geschiedene, die eine neue Familie gründen möchten.

Regulierungsziele können ausnahmsweise einmal durch höherrangiges Recht vorgegeben sein,⁶ so etwa durch die unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten, eine effektive Rechtsdurchsetzung der unionsrechtlich gewährten Rechte zu betreiben,⁷ oder aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten;⁸ im Regelfall bestehen aber keine derartigen Vorgaben. Auch aus „Sachgesetzhlichkeiten“ oder dergleichen lassen sich grundsätzlich keine bestimmten Regulierungsziele ableiten.⁹ Die Definition des Regulierungsziels ist vielmehr das genuin politische Element der Regulierung, es ist der Punkt, an dem das Recht – sei es Privatrecht oder Öffentliches Recht – aufgrund einer politischen Intention bewusst in einer Weise gestaltet wird, die weder rechtlich noch sachlich zwingend ist, sondern allein deshalb gewählt wird, um ein bestimmtes Ziel zu verwirklichen.¹⁰

Daraus folgt, dass es nicht primäre Aufgabe einer rechtswissenschaftlichen Regulierungswissenschaft ist, Regulierungsziele zu definieren. Die Eigenart politischer Ziele besteht gerade darin, dass sie nicht rechtlich determiniert sind.

⁵ Zum Unterschied zwischen Wirksamkeit im engeren und im weiteren Sinne siehe erneut Zippelius, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie³ (2012), S. 104.

⁶ Für die Schweiz hat Utz, LeGes 2005/2, 41, 53 errechnet, dass ca. 17 Prozent der Gesetzesänderungen in den Jahren 2003/2004 verfassungsrechtlich veranlasst waren. Dies umfasst aber sämtliche Fälle und Grenzfälle einer verfassungsrechtlichen Pflicht, so dass die verfassungsrechtlich vorgegebenen Regulierungsziele wiederum nur einen Bruchteil ausmachen werden.

⁷ Dazu oben S. 180 ff.

⁸ Dazu oben S. 315 ff.

⁹ Vgl. Koch / Rüßmann, Juristische Begründungslehre (1982), S. 169 mit Fn. 12.

¹⁰ Inwieweit das Recht grundsätzlich in der Lage ist, solchen Steuerungsansprüchen gerecht zu werden, wurde insbesondere in den 1970er und 80er Jahren unter den Schlagworten „Planungspessimismus“ und „Vollzugsdefizit“ kritisch diskutiert; siehe dazu bereits oben S. 16 f. Skeptisch zur Steuerungswirkung des Rechts in neuerer Zeit z. B. G. Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre² (2006), S. 14. Für einen Überblick über verschiedene Strömungen der Rechtssetzungslehre siehe Häusermann, RW 2015, 49, 53–61. Der vorliegende Ansatz geht von der Prämisse aus, dass der Erfolg oder Misserfolg von Regulierung letztlich eine empirische Frage ist, die sich nicht pauschal beantworten lässt. Die hier vorstellte Methode bietet dazu einen theoretischen Rahmen, indem die Wichtigkeit einer klaren Definition des Regulierungsziels sowie des Zusammenspiels dieses Ziels mit dem/ den gewählten Regulierungsinstrument(en) aufgezeigt wird. Siehe unten S. 448 sowie S. 498 ff.

Regulierungsziele vorzuschlagen – als Teil der Politikberatung – ist deshalb primär Aufgabe anderer, sachnäherer Wissenschaften, je nach Lebensbereich etwa der Ökonomik, der Medizin oder – z.B. bei technischen Neuerungen – auch der Ingenieurwissenschaften. Aus diesem Grund klammern viele rechtswissenschaftliche Abhandlungen zur Regulierung die Regulierungsziele (fast) vollständig aus der Betrachtung aus.¹¹ Dies ist aber vorschnell, denn auch bzw. gerade dann, wenn die Regulierungsziele – wie etwa auch der Gesetzestext – als vorgegeben angesehen werden, kommt ihnen im Rahmen der Analyse eine zentrale Bedeutung zu. Regulierungsinstrumente sind stets auf die Erreichung eines Regulierungsziels ausgerichtet und können in ihrer Eigenschaft als staatliche Steuerungsinstrumente nur zutreffend erfasst werden, wenn man sie aus dieser Mittel-Zweck-Relation heraus betrachtet. Dazu ist vorrangig eine Analyse der Regulierungsziele erforderlich.

1. Regulierungsanlässe und Regulierungsziele

Häufig äußert sich der Gesetzgeber (oder auch regulatorisch tätige Behörden oder Gerichte) allerdings nicht eindeutig zu dem verfolgten Regulierungsziel, obwohl aufgrund der Gesamtumstände, die zum Erlass der Norm geführt haben, eindeutig ist, dass damit eine Regulierungsintention verbunden ist.¹² In diesen Fällen muss aus dem Regulierungsanlass, also einem konkret zu beobachtenden oder vermeintlichen Defizit, das den Anstoß für das regulatorische Eingreifen gibt, auf das Regulierungsziel geschlossen werden. Dieser Schluss wird dadurch erschwert, dass es grundsätzlich einfacher ist, einen Zustand als suboptimal und änderungsbedürftig zu erkennen als eine positive Alternative zu formulieren. Hinzu kommt, dass häufig politische Uneinigkeit über das richtige Ziel besteht, so dass sich die endgültige Regelung dann als Formelkompromiss unterschiedlicher Anschauungen und Wertvorstellungen darstellt.¹³ Dennoch kann festgehalten werden, dass ein tatsächliches oder vermeintliches Defizit nur dann als

¹¹ So etwa *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), der nur vereinzelt auf „Regulierungszwecke“ eingeht (z.B. S. 46 f.), ohne diese im Zusammenhang zu diskutieren. *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 397–402 behandelt ausschließlich den „Schutz der Funktionsfähigkeit des Marktes“; ähnlich *Michalczyk*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb (2010), S. 11, der „staatliche Einwirkung auf den Markt“ untersucht. *Züll*, Regulierung im politischen Gemeinwesen (2014), S. 18–22 behandelt neben der „Korrektur von Marktstörungen“ auch die „Erreichung sonstiger Gemeinwohlziele“, ohne diese Unterscheidung aber für die Analyse fruchtbar zu machen. *S. Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft (2003), S. 323 f. meint, neue gesetzliche Regelungen würden nur erlassen, wenn sich ein „virulentes“ Regelungsbedürfnis zeige, was gleichbedeutend mit der Feststellung sei, dass die Selbstregulierungsmaßnahmen der Gesellschaft ihre Aufgabe nicht hinreichend erfüllen können.

¹² Zur Abgrenzung der Regulierungsfunktion von der Interessenausgleichsfunktion und weiteren Rechtsfunktionen siehe oben S. 55 ff.

¹³ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 189 f.; *Hill*, Einführung in die Gesetzgebungslehre (1982), S. 69 f.

Regulierungsanlass taugt, wenn es möglich ist, den Ausgangszustand mit einer hypothetischen Alternative zu vergleichen und zwischen diesen beiden ein Wertgefälle auszumachen.¹⁴ Auf diesen Ansatz aufbauend lässt sich das Regulierungsziel aus dem Regulierungsanlass und den Gründen, weshalb die Ausgangssituation als unbefriedigend empfunden wird, in groben Zügen rekonstruieren.¹⁵

Zudem lassen sich die Definitionen von Regulierungsanlässen häufig auf eine bestimmte wissenschaftliche Theorie zurückführen, die ausgehend von einer Problemanalyse bestimmte Gegenmaßnahmen vorschlägt. Ein Beispiel ist die ökonomische Regulierungstheorie, in der bestimmte Fälle von „Marktversagen“ identifiziert werden, die Anlass für ein regulatorisches Eingreifen bieten, womit implizit auch das angestrebte Regulierungsziel – die Sicherung der Funktionsfähigkeit des betreffenden Marktes – vorgegeben ist.

2. Konzept der Zielerreichung

Die Definition des Regulierungsziels als eines bestimmten „sozialen Zustands“ beschreibt ein statisches Konzept, während die Realität durch dynamische Prozesse geprägt ist und nicht in einem „Zustand“ verharret. Die meisten Regulierungsziele sind deshalb als Optimierungsgebote angelegt,¹⁶ d. h. sie beschreiben ideale soziale Zustände im Sinne eines Maßstabs, dem die Realität soweit wie möglich angenähert werden soll.¹⁷ Dies gilt selbst für so fundamentale Regulierungsziele wie die Verhinderung vorsätzlicher Tötungen, denn der Gesetzgeber erwartet in der Regel nicht, dauerhaft eine Gesellschaft ganz ohne derartige Verbrechen schaffen zu können. Sofern nicht ein Regulierungsziel ausnahmsweise einmal auf einen bestimmten Zeitpunkt determiniert ist,¹⁸ begründen Regulierungsziele also Daueraufgaben. Stets ist das bereits erreichte Zielniveau in Gefahr, durch neue Entwicklungen zurückgeworfen zu werden, wie sich plastisch anhand kriminalpolitischer Ziele verdeutlichen lässt: Der Umstand, dass an einem bestimmten Ort mehrere Jahre lang keine Tötungsdelikte begangen wurden,

¹⁴ Noll, Gesetzgebungslehre (1973), S. 82 f.

¹⁵ Welche Anforderungen an die Ableitung von Regulierungszielen aus Regulierungsanlässen gestellt werden (müssen), hängt nicht zuletzt davon ab, welches Erkenntnisinteresse man konkret verfolgt. Besteht das Ziel darin, die Art und Weise der Anwendung konkreter Normen zu beeinflussen, gelten strengere Maßstäbe als bei einer Untersuchung, welche etwa die Effektivität bestimmter Regelungsinstrumente vergleicht.

¹⁶ Vgl. Noll, Gesetzgebungslehre (1973), S. 85 (absolute Ziele wie die kriminalitätsfreie Gesellschaft, totale Gleichheit oder auch die harmonische Ehe und die glückliche Kindheit bilden keine realistischen Szenarien).

¹⁷ Ausführlich Hensche, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik (1998), S. 48–57. Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt (2002), S. 103, 111 unterscheidet zwischen „Punktzielen“ und „Richtungszielen“.

¹⁸ Das ursprünglich auf den 31. Dezember 1992 datierte Ziel, einen europäischen Binnenmarkt zu verwirklichen, wird z. B. auch nach Ablauf dieses Termins nach wie vor verfolgt; vgl. Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV. Siehe dazu auch bereits oben S. 178 mit Fn. 21.

impliziert nicht, dass auch im nächsten Moment kein solches geschehen kann. Lediglich durch sozialen / faktischen Wandel können Regulierungsziele mit der Zeit obsolet werden.¹⁹ Daneben ist es selbstverständlich stets möglich, dass der Gesetzgeber durch Gesetzesänderung ein Regulierungsziel aufgibt oder verändert.

Wenn es im Folgenden um „Zielerreichung“ geht, ist deshalb stets ein relatives Moment gemeint: der reale Zustand, der sich dem Ideal möglichst weit annähert. Gleichzeitig folgt daraus, dass faktische Rechtsverstöße oder Abweichungen vom Regulierungsziel als solche noch nicht ausreichen, um vom Fehlschlag eines Regulierungsinstruments auszugehen. Eine solche Feststellung kann vielmehr nur auf Grundlage eines Vergleichs zwischen realem Zustand und einem hypothetischen Zustand ohne Existenz des Regulierungsinstruments bzw. bei Anwendung eines alternativen Regulierungsinstruments getroffen werden. Aus einer regulierungstheoretischen Sicht ist das Ziel einer Norm daher nicht, Straftaten zu verhindern, die Zahlung fälliger Forderungen zu gewährleisten oder die Einhaltung technischer Vorschriften sicherzustellen, sondern die Zahl der Fälle zu minimieren, in denen es zu Normverstößen kommt und dieser Zustand deshalb verfehlt wird. Werden unterschiedliche Regulierungsinstrumente miteinander verglichen, kann es deshalb immer nur darum gehen, in welchem Ausmaß ein Instrument zur Erreichung des Regulierungsziels beiträgt.

3. Theoretische Systematik der Regulierungsziele

Der Ansatz der ökonomischen Regulierung, die letztlich als Generalziel den „Schutz der Funktionsfähigkeit des Marktes“ bezweckt, weist darauf hin, dass Regulierungsziele in der Praxis nur selten unverbunden nebeneinander stehen, sondern zumeist miteinander interagieren und mehr oder weniger gut aufeinander abgestimmt sind. Daraus ergibt sich die Aufgabe, Regulierungsziele aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu systematisieren. Eine Möglichkeit bestünde darin, eine Anleihe beim strafrechtlichen Konzept des Rechtsgüterschutzes²⁰ zu machen und Regulierungsziele danach zu ordnen, welches rechtliche Schutzgut sie zu schützen bezwecken. Die Idee eines „rechtlichen Schutzguts“ ist aber wiederum ein prinzipienbasiertes Konzept, das darin besteht, Handlungsverbote zu allgemeinen Prinzipien zu verdinglichen. Demgegenüber geht es bei Regulierungszielen darum, die Realität bestimmten sozialen *Zuständen* anzunähern, so dass eine systematische Erfassung darauf gerichtet sein muss, diese idealen Zustände für die Analyse zu operationalisieren.

¹⁹ So ist etwa der Schutz landwirtschaftlicher Betriebe durch die haftungsrechtliche Privilegierung der Nutztierhaltung gemäß § 833 S. 2 BGB spätestens mit dem Aufkommen allgemeiner Haftpflichtversicherungen obsolet geworden; vgl. *Wagner*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 833 Rn. 3.

²⁰ Siehe zu diesem nur *Hassemer/Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB⁴ (2013), Vorbemerkungen zu § 1 Rn. 108–195.

a. Regulierungsziele und übergreifende Regulierungskonzepte

Die Beschreibung von idealen sozialen Zuständen als Gegenstand von Regulierungszielen ist kontextabhängig, so dass auch der Begriff des Regulierungsziels kontextabhängig ist. Ob man ein Regulierungsziel isoliert oder in einem bestimmten Zusammenhang betrachtet, ist stets eine Frage der aktiv vorgenommenen Kontextualisierung. So lässt sich etwa die Verhinderung betrügerischen Verhaltens auf den ersten Blick als ein Ziel auffassen, welches für sich alleine steht und als solches etwa neben die Verhinderung von Diebstahl tritt. In dieser Perspektive stellen dann Vorschriften wie §§ 263 ff. StGB und §§ 123, 823, 826 BGB Regulierungsinstrumente dar, die auf die Verhinderung betrügerischen Verhaltens abzielen. Es ist aber gleichfalls möglich, auf einen bestimmten regulierten Lebensbereich, etwa die Anlageberatung, abzustellen. Dann erweist sich die Verhinderung betrügerischen Verhaltens nur als letztes Ende einer Skala unterschiedlicher Regulierungsziele, die im Kern darauf ausgerichtet sind, dem Anleger eine informierte Anlageentscheidung zu ermöglichen. Daneben ist es möglich, die Verhinderung betrügerischen Verhaltens in eine Vielzahl weiterer regulatorischer Kontexte zu stellen, etwa Internetverkäufe, Haustürgeschäfte oder Sportwetten. In all diesen Kontexten ergibt sich ein übergreifendes Regulierungskonzept, das einzelne Regulierungsziele in ganz unterschiedlicher Weise miteinander verbindet. Die Regulierungsziele fast aller regulatorischen Normen stehen nicht ausschließlich für sich allein oder lassen sich exklusiv einem einzigen Regulierungskonzept zuordnen. Dies mag allenfalls für die Verhinderung vorsätzlicher Tötungen gelten, aber bereits die Verhinderung fahrlässiger Tötungen gehört in so unterschiedliche Regulierungskonzepte wie die Produktsicherheit oder die Verhinderung leichtsinnigen Verhaltens im Straßenverkehr.

Aus diesen Überlegungen lässt sich für die Systematisierung der Regulierungsziele zweierlei ableiten: Erstens ist es möglich, einzelne begrenzte Regulierungsziele (wie das Verbot betrügerischen Verhaltens) zu identifizieren. Ein umfassendes Verständnis eines solchen Ziels gewinnt man aber in der Regel erst, wenn man es in einen konkreten Regulierungskontext einordnet und so zum Teil einer ganzen Klasse von Regulierungszielen macht, die sich auf einen bestimmten regulierten Lebensbereich beziehen. Zweitens können Regulierungsziele grundsätzlich nicht an einzelnen Normen festgemacht werden; eine folgenorientierte Regulierungswissenschaft beginnt vielmehr mit dem Regulierungsziel und untersucht von dort aus die Wirkungen einzelner Normen. Das bedeutet nicht, dass sich Regulierungsziele nicht (auch) durch die Zusammenschau von Normen, die einen bestimmten Lebensbereich betreffen, gewinnen lassen. Die Ergründung der Regulierungsintention ist aber nur ein Weg zur Identifizierung einzelner Regulierungsziele.

Der Gesetzgeber hat nicht stets übergreifende Regulierungskonzepte im Blick, wenn er einzelne regulierende Normen erlässt. Häufig entwickelt sich ein solches übergreifendes Konzept vielmehr organisch im Laufe der Zeit und wird

nicht nur durch den Gesetzgeber, sondern insbesondere auch durch die regulatorische Rechtsanwendung von Behörden oder Gerichten geprägt. Regulierungskonzepte lassen sich also nur selten auf den realen Willen einzelner Personen²¹ zurückführen, sondern stellen das Ergebnis vielfältiger Interaktionen dar. Deshalb enthält die Feststellung eines übergreifenden Regulierungskonzepts stets eine wertende Komponente, die sich vor dem Inhalt des geltenden Rechts rechtfertigen muss.

Gleichzeitig zeigt sich, dass, obwohl die einzelnen Regulierungsziele genuin politischer Natur und deshalb nur begrenzt Gegenstand der Rechtswissenschaft sind, dies nicht in gleichem Maße für die Regulierungskonzepte gilt. Übergreifende Regulierungskonzepte zu entwickeln, bedeutet, einzelne Regulierungsziele zu systematisieren und etwaige widersprüchliche Einzelziele so in einen Gesamtkontext zu stellen, dass im Ergebnis entschieden werden kann, welchem Ziel in welchem Umfang der Vorrang gebührt. Das Ergebnis solchen Vorgehens kann nicht nur für die folgenorientierte Rechtsanwendung hilfreich sein, sondern auch dem Gesetzgeber oder anderen regulierenden Instanzen verdeutlichen, wie der regulatorische Status quo in einem bestimmten regulierten Lebensbereich ist, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob und ggf. welche Änderungen vorgenommen werden sollen.

b. Bekämpfung von Marktversagen als Beispiel für ein übergreifendes Regulierungskonzept

In der ökonomischen Regulierungstheorie hat es sich eingebürgert zwischen wirtschaftlichen Regulierungszielen („economic regulation“ oder „market regulation“) und gesellschaftlichen Regulierungszielen („social regulation“) zu unterscheiden.²² Als wirtschaftliche Regulierungsziele gelten dabei solche Ziele, die sich letztlich auf das generelle Anliegen, die Funktionsfähigkeit des Marktes zu sichern, zurückführen lassen.²³ Demgegenüber werden alle anderen Gründe, re-

²¹ Bereits die Figur des „Gesetzgebers“ oder des „Gerichts“ (bei Kollegialgerichten) ist eine soziale Konstruktion und beschreibt nicht den Willen einer real existierenden Person.

²² Bardach, in: Salamon (Hrsg.), *Beyond Privatization* (1988), S. 197 ff.; Feintuck, in: Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation* (2010), S. 39 ff.; May, in: Salamon (Hrsg.), *The Tools of Government* (2002), S. 156 ff.; Ogas, *Regulation* (2004), S. 46–54; Paces/van den Bergh, in: dies. (Hrsg.), *Regulation and Economics* (2010), S. 1, 8 f.; Rasmussen, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 71 (1997); krit. zu dieser Abgrenzung Epstein, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 61 (1997).

²³ Unklar ist die Einordnung des Verbraucherschutzes in diesem System. Wenn man den Regelungszweck des Verbraucherschutzes in der Remedur eines Marktversagens sieht (grundlegend dazu Drexel, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers* (1998), S. 393–396), gehört er streng genommen noch zu den wirtschaftlichen Regulierungszielen. Demgegenüber gilt Verbraucherschutz in der ökonomischen Literatur als typisches Beispiel für „social regulation“; siehe z.B. den Hertog, in: van den Bergh/Paces (Hrsg.), *Regulation and Economics* (2010), S. 25, 27.

gulierend in den Markt einzugreifen, als gesellschaftliche Regulierung bezeichnet, also etwa Eingriffe aus Gründen der Umverteilung.²⁴

Wirtschaftliche Regulierung im Sinne der ökonomischen Regulierungstheorie, also das Konzept der Bekämpfung von Marktversagen, ist das klassische Beispiel für ein übergreifendes Regulierungskonzept im vorab skizzierten Sinne. Die ökonomische Regulierungstheorie geht vereinfacht gesprochen von dem Ideal des vollkommenen Marktes aus und identifiziert dann einzelne Gründe, die zu einer Störung des Marktmechanismus führen können und als „Marktversagen“ bezeichnet werden.²⁵ Ziel der Regulierung sollte es aus Sicht der ökonomischen Regulierungstheorie sein, die Ursachen des Marktversagens zu bekämpfen, so dass im Ergebnis der Marktmechanismus wieder ungestört funktionieren kann.²⁶ Im vorliegenden Zusammenhang interessiert an dieser Theorie die Art und Weise, wie sie unterschiedliche Regulierungsziele zu einem übergreifenden Regulierungskonzept aggregiert. Im Einzelnen lassen sich dazu vier Teilelemente des Regulierungskonzepts „Bekämpfung von Marktversagen“ unterscheiden:

- (1) Zunächst wird eine idealisierte tatsächliche Struktur, der „Markt“, vorausgesetzt, der als solcher zu seinem Funktionieren zwar auf rechtliche Infrastruktur und Interessenausgleich (insbesondere Sachenrecht und Vertragsrecht), nicht aber auf Regulierung angewiesen ist.
- (2) Es existiert ein normatives Leitbild für das fehlerfreie Funktionieren der idealisierten Struktur „Markt“, nämlich der „Wettbewerb“, das als Maßstab einer Beurteilung der relativen Leistungsfähigkeit einzelner tatsächlicher Märkte dienen kann und in dem sich das öffentliche Interesse für diesen Lebensbereich konkretisiert.
- (3) Die Ergebnisse eines fehlerfrei funktionierenden Marktes werden einem staatlich geplanten Ergebnis vorgezogen.²⁷

²⁴ Die ökonomische Regulierungstheorie beschäftigt sich vor allem mit der Regulierung von Märkten (siehe z.B. *Veljanovski*, in: Baldwin/Cave/Lodge (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation* (2010), S. 17, 23 f.). Demgegenüber werden hier auch alle anderen möglichen Regulierungsbereiche wie z.B. der Straßenverkehr, die innere Sicherheit oder auch die Familienpolitik in die Betrachtung einbezogen. Kritisch zur Übertragbarkeit der Einsichten aus der ökonomischen Regulierungstheorie auf die gesellschaftliche Regulierung etwa *Rasmusen*, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 71, 78–81 (1997).

²⁵ Siehe dazu bereits oben S. 34 f.

²⁶ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik⁹ (2014), S. 72 f.; *Ogus*, *Regulation* (2004), S. 29 f.

²⁷ An dieser Stelle herrscht insbesondere im Wettbewerbsrecht ein Streit. Während etwa die Europäische Kommission, ausgehend von der Prämisse, dass das Wettbewerbsrecht dem Interesse der Verbraucher dienen solle, die Auffassung vertritt, die Ergebnisse eines effizienten Wettbewerbs für den Verbraucher ließen sich auch theoretisch (durch Berechnung) bestimmen und damit zum Maßstab staatlichen Handelns erheben (siehe dazu insbesondere *Economic Advisory Group on Competition Policy*, Report „An economic approach to Article 82“, 2005 (http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf)), vertritt die ordoliberalen Schule im Anschluss an *v. Hayek* die Auffassung, dass sich ein marktlicher Mechanismus gerade durch eine „Entdeckungsfunktion“ auszeichnet, die in der Lage ist, Ergebnisse

- (4) Regulierung dient dazu, Funktionsdefizite realer Märkte auszugleichen mit dem Ziel, dem Marktmechanismus wieder zu einem fehlerfreien Funktionieren zu verhelfen, wodurch dann das eigentlich gewollte Ergebnis erzielt wird.

Die einzelnen wirtschaftlichen Regulierungsziele – wie die Verhinderung von Monopolen, die Verhinderung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die Bereitstellung öffentlicher Güter oder die Internalisierung externer Effekte – stellen sich vordergründig als Unterfälle des vierten Teilelements dar. Sie erhalten ihre Systematik aber erst durch die Gesamtstruktur des Regulierungskonzepts.

Die Identifizierung eines solchen Regulierungskonzepts impliziert keine strenge wissenschaftliche Exaktheit, die Vorhersagen darüber erlauben würde, welche Regulierung für welchen Markt notwendig ist. Es handelt sich vielmehr lediglich um ein Hilfsmittel, um die vielfältigen Wertungsentscheidungen, die mit einer Marktregulierung verbunden sind,²⁸ besser strukturieren zu können. Hinzu kommt, dass in der Praxis häufig Regulierungsinstrumente zur Behebung von Marktversagen mit Instrumenten kombiniert werden, die andere, gesellschaftliche Ziele verfolgen. Ein typisches Beispiel ist das Privatisierungsfolgenrecht für die ehemals staatlichen Sektoren der Daseinsvorsorge. Dieses häufig als „Regulierungsrecht“²⁹ bezeichnete Rechtsgebiet zielt nicht nur darauf ab, marktlichen Wettbewerb in Wirtschaftsbereichen herzustellen, die vormals durch ein staatliches Monopol gekennzeichnet waren, sondern verpflichtet die Wettbewerber zusätzlich, eine flächendeckende Grundversorgung vorzusehen (siehe z. B. § 11 PostG i. V. m. der Post-Universaldienstleistungsverordnung). Bei der Analyse der Regulierung realer Märkte müssen derartige, vom Gesetzgeber vorgegebene, übergreifende Regulierungskonzepte zugrunde gelegt werden. Die reine ökonomische Regulierungstheorie kann nur insoweit Anwendung finden, wie dies mit den realen normativen Gegebenheiten vereinbar ist. Andererseits kann die ökonomische Theorie selbstverständlich Grundlage einer rechtspolitisch motivierten Analyse und Kritik des bestehenden Rechts sein.

hervorzubringen, die auf andere Art und Weise nicht zu erreichen wären und damit auch nicht berechnet werden können. Siehe dazu einerseits *Werden*, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach* (2011), S. 11 ff., andererseits *Vanberg*, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach* (2011), S. 44 ff.

²⁸ Vgl. *Fritsch*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*⁹ (2014), S. 72: „Es existiert kein Kriterium, mit dessen Hilfe sich die Grenze des Marktversagens mit wissenschaftlicher Exaktheit bestimmen ließe. Es sind immer wertende Entscheidungen darüber erforderlich, inwieweit ein Markt im Großen und Ganzen funktionsfähig ist oder ob ein Ausmaß an Marktversagen vorliegt, das wirtschaftspolitisches Handeln erfordert.“

²⁹ Siehe bereits oben S. 44.

c. Übergreifende Regulierungskonzepte in anderen Regulierungsbereichen

Übergreifende Regulierungskonzepte kann man aber nicht nur im Bereich der Wirtschaftsregulierung identifizieren, sondern in nahezu allen rechtlich regulierten Lebensbereichen. Eine Möglichkeit, derartige Regulierungskonzepte für die Analyse zu strukturieren, besteht darin, das eben skizzierte Konzept der Bekämpfung von Marktversagen als Blaupause zu verwenden, indem die genannten vier Teilelemente generalisiert werden. In generalisierter Form können die vier Elemente eines übergreifenden Regulierungskonzepts wie folgt gefasst werden:

Auf Grundlage der ersten drei Elemente

- (1) Identifizierung einer idealisierten gesellschaftlichen Struktur, die entweder außerrechtlich existiert oder durch rechtliche Infrastruktur und Interessenausgleich konstituiert wird („regulierter Lebensbereich“).
- (2) Identifizierung eines normativen Leitbilds für das fehlerfreie Funktionieren der idealisierten Struktur, das als Maßstab einer Beurteilung einzelner tatsächlicher Strukturen dienen kann und das öffentliche Interesse für diesen Lebensbereich konkretisiert.
- (3) Identifizierung rechtlicher Anhaltspunkte dafür, dass die durch die gesellschaftliche Struktur generierten Ergebnisse grundsätzlich einem staatlich geplanten Ergebnis vorzuziehen sind.

lässt sich das vierte Element

- (4) Systematisierung der einzelnen Regulierungsziele in einer Weise, dass diese dazu dienen, Funktionsdefizite der Struktur auszugleichen mit dem Ziel, dieser wieder zu einem fehlerfreien Funktionieren zu verhelfen.

als Leitfaden der Systematisierung einzelner Regulierungsziele ableiten.

Ein Beispiel, an dem dieses generelle Modell veranschaulicht werden kann, ist die Familie. (1) Die Familie basiert auf privatrechtlichen Infrastrukturelementen und interessenausgleichenden Regelungen (Ehe, Abstammung, Verwandtschaft), ist in ihrer Substanz aber eine außerrechtliche Struktur. (2) Es existieren gesetzliche Maßstäbe wie das „Kindeswohl“ (siehe z. B. §§ 1666 Abs. 1, 1697a BGB) oder die „gegenseitige Verantwortung“ (siehe z. B. §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1618a BGB), die es erlauben, die „Funktionsweise“ einzelner Familien aus rechtlicher Sicht zu evaluieren und denen – wegen der überragenden Bedeutung von Familien für Existenz und Fortbestand des Staates – der Rang öffentlicher Interessen zukommt. (3) Als wichtige normative Grundannahme (vgl. insbesondere Art. 6 Abs. 3 GG) gilt, dass familieninterne Lösungen stets Priorität vor staatlichen Eingriffen haben;³⁰ dieses Prinzip kommt auch in einer Vielzahl an Einzelregelungen zum

³⁰ Siehe Britz, JZ 2014, 1069 ff. (zum Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung). Allgemein auch Coester-Waltjen, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 271, 273 f.

Ausdruck (z. B. Erfordernis eines Trennungsjahrs;³¹ Privilegierung einvernehmlicher Regelungen bei Scheidung und Sorgerechtsentscheidungen). (4) Damit lässt sich begründen, dass viele einzelne Regulierungen im Bereich des Familien- und Sozialrechts so miteinander interagieren sollen, dass im Ergebnis die Familienstruktur erhalten oder wiederhergestellt wird. In diesem Beispiel kann man demnach „Familienversagen“ als Regulierungsanlass und den „Schutz der Familie“ als übergreifendes Regulierungskonzept bezeichnen.³² Mögliche weitere Anwendungsfelder sind beispielsweise das Arbeitsverhältnis oder die organisierte Freizeitgestaltung in Vereinen und dergleichen.

Allerdings ist zu fragen, welche *rechtliche* Relevanz ein solcher Analyseansatz hat. Damit lassen sich grundsätzlich nur dann rechtlich relevante Folgerungen produzieren, wenn der theoretische Ansatz mit den Grundwertungen der Rechtsordnung, insbesondere des Grundgesetzes, in Einklang steht. Dies ist letztlich für jeden regulierten Lebensbereich, für den ein übergreifendes Regulierungskonzept gesucht wird, einzeln zu prüfen. Im Beispiel des Familienrechts wurden bereits einige gesetzliche und verfassungsrechtliche Wertungen genannt, die für die Zulässigkeit eines solchen Regulierungskonzepts sprechen. Aber auch bei einer abstrakten Betrachtung, losgelöst von einem konkreten Lebensbereich, weisen die genannten Merkmale eine hohe Übereinstimmung mit grundlegenden rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Wertungen auf. So ist ein Leitgedanke des Konzepts, gesellschaftliche Strukturen als Ausgangspunkt zu nehmen und in ihrer Eigenwirkung zu stärken. Konkret können das dritte Element, demzufolge nicht-regulatorische Lösungen einem gesetzgeberischen Eingreifen grundsätzlich vorzuziehen sind, und das vierte Element, demzufolge die Regulierung darauf abzielen sollte, die Funktionsfähigkeit der außerrechtlichen Struktur zu erhalten, auf das verfassungsrechtliche Erforderlichkeitsgebot zurückgeführt werden.³³ Damit wird zugleich der Erkenntnis Rechnung getragen, dass staatliche Regulierung, die auf die Eigenarten des regulierten Bereichs Rücksicht nimmt (so genannte „responsive regulation“) mit größerer Akzeptanz und praktischer Wirksamkeit rechnen kann.³⁴

Der praktische Wert der hier vorgeschlagenen Analyse regulatorischen Rechts anhand übergreifender Regulierungskonzepte zeigt sich besonders, wenn neue Fallkonstellationen auftreten, die offensichtlich von den regulatorischen Normen erfasst werden, ohne dass aber auf Grundlage des Gesetzes und der behördlichen/gerichtlichen Praxis ein Regulierungsziel vorgegeben ist. Dann lässt sich

³¹ Für eine empirische Untersuchung zu der Frage, welche Folgen ein zwingendes Trennungsjahr auf die Zahl der Scheidungen hat, siehe Lee, 56 J. L. & Econ. 227 (2013).

³² Zu Parallelen des Verhältnisses von Regulierung zum Markt und Regulierung zur Familie siehe F. E. Olsen, 96 Harv. L. Rev. 1497, 1504–1507 (1983).

³³ Zur Bedeutung des Erforderlichkeitsgebots für die Regulierung ausführlich unten S. 605 ff.

³⁴ Siehe dazu grundlegend Ayres / Braithwaite, *Responsive Regulation* (1992), S. 4–7 und passim; Baldwin / Black, MLR 71 (2008), 59 ff.; Braithwaite, 44 UBC L. Rev. 475 (2011).

ein solches Regulierungsziel aus der übergreifenden Regulierungsstruktur ableiten. Ein Beispiel ist das Aufkommen von Privatauktionen im Internet, die die Rechtsprechung zum Anlass genommen hat, das allgemeine Vertragsrecht regulatorisch einzusetzen.³⁵ Gleichmaßen lassen sich neue Gesetze auf ihre Konsistenz mit den bestehenden Regulierungszielen überprüfen. So lässt sich etwa anhand des skizzierten Regulierungskonzepts des „Familienschutzes“ fragen, wie mit einem Phänomen wie der internationalen Leihmutterschaft umzugehen ist.³⁶

In gleicher Weise, wie die ökonomische Theorie zur Bekämpfung von Marktversagen nur dann zur Analyse herangezogen werden kann, wenn die existierende Regulierung eines Marktes auch tatsächlich darauf abzielt, Fälle von Marktversagen zu beheben, so lässt sich auch das hier vorgeschlagene allgemeine Schema eines Regulierungskonzepts nicht auf die Regulierung solcher Lebensbereiche anwenden, in denen der Gesetzgeber ausschließlich hoheitliche Zielvorstellungen als maßgeblich ansieht, so z. B. im Strafvollzug. Auch auf den Bereich der Staatsorganisation selbst lässt sich das Konzept aus grundsätzlichen Gründen (Fehlen einer außerrechtlich vorgegebenen Struktur) nicht anwenden.³⁷ Auf die meisten Lebensbereiche, die einer Regulierung mittels Privatrecht zugänglich sind, wird die freiheitliche Grundausrichtung des Modells aber passen und kann damit die Analyse der Regulierungsziele anleiten.

II. Regulierungsinstrumente

Kernstück der zu einer Regulierungswissenschaft weiter entwickelten (Privat-) Rechtswissenschaft ist die Analyse und der Vergleich unterschiedlicher Regulierungsinstrumente. Als Regulierungsinstrumente sollen rechtliche Normen bezeichnet werden, denen eine Regulierungsfunktion zukommt.³⁸ Wie bereits im Rahmen der Definition der Regulierungsfunktion erläutert,³⁹ können dies so-

³⁵ Siehe dazu oben S. 114 ff.

³⁶ Die Schwierigkeit besteht darin, dass Deutschland das Regulierungsziel verfolgt, Leihmutterschaften zu verhindern, aber für konkret auftretende internationale Fälle eine Lösung gefunden werden muss, die die Abschreckung aufrecht erhält, im konkreten Fall aber einen angemessenen Interessenausgleich erreicht; siehe *M. Engel*, ZEuP 2014, 538, 552–561. Siehe auch BGHZ 203, 350.

³⁷ Der Staat bildet im Rahmen der hier entwickelten Regulierungstheorie eine Art „black box“, der ein Handeln im Interesse des Allgemeinwohls unterstellt wird; so auch die ökonomische Public-Interest Theory der Regulierung; zu dieser bereits oben S. 34 f.

³⁸ In diesem Abschnitt geht es um die Skizze eines Analysewerkzeugs zur rechtswissenschaftlichen Untersuchung regulatorischer Normen. Daher erfolgt die Gliederung nach abstrakten Kriterien. Für einen Vergleich unterschiedlicher Regulierungsinstrumente aus der praktischen Entscheidungsperspektive des Gesetzgebers siehe unten S. 565 ff. Für Klassifikationen von Regulierungsinstrumenten aus politikwissenschaftlicher Sicht siehe z. B. *Daintith*, in: ders. (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy* (1988), S. 3, 31 f., 51; *Mayntz*, *Policy & Politics* 11 (1983), 123, 128.

³⁹ Siehe oben S. 50 f.

wohl generell-abstrakte Normen des Gesetzes- oder Richterrechts als auch Einzelfallentscheidungen von Behörden / Gerichten sein, die eine über den entschiedenen Fall hinausreichende Steuerungswirkung entfalten. Das Konzept des Regulierungsinstruments gehört zu den „technischen Elementen“ des Rechts;⁴⁰ es soll erklären, auf welche Art und Weise „das Recht“ (d.h. Gesetzgeber, Behörden und Gerichte) versucht, die zuvor behandelten Regulierungsziele zu erreichen. Die folgende Darstellung geht vom geltenden Recht aus und versucht, einzelne Regulierungsinstrumente zu identifizieren und zu systematisieren.⁴¹ Darüber hinaus sind selbstverständlich weitere Regulierungsinstrumente denkbar und ein wesentlicher Beitrag der Regulierungswissenschaft könnte genau darin bestehen, neue Formen der Regulierung im Allgemeinen oder zur Verfolgung spezifischer Regulierungsziele zu entwickeln.

Vor Beginn der Detailanalyse ist zunächst der Begriff des Regulierungsinstruments anhand des Kriteriums der Regulierungswirkung zu konkretisieren und zu den aus der Rechtssoziologie bekannten Kategorien der Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung ins Verhältnis zu setzen (unter 1.). Die anschließende Analyse folgt sodann einer groben Einteilung in direkte (unter 2.) und indirekte Regulierungsinstrumente (unter 3.).

1. Regulierungswirkung als Kriterium für Regulierungsinstrumente

Kriterium für die Einordnung einer rechtlichen Norm als Regulierungsinstrument ist die damit angestrebte Steuerungs- oder Regulierungswirkung. Der oder die Regulierungsadressaten sollen sich so verhalten, dass damit das angestrebte Regulierungsziel, der von der regulierenden Instanz in Aussicht genommene soziale Zustand, erreicht wird. Primäres Ziel von Regulierung ist also ein bestimmtes Verhalten der Regulierungsadressaten, nicht der Einsatz staatlicher Zwangsmittel zur Durchsetzung einer Vorgabe. Dies scheint auf den ersten Blick eine Parallele zu der rechtssoziologischen Unterscheidung zwischen Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung zu implizieren.⁴² Regulierungswirkung und Normbefolgung lassen sich aber nicht gleichsetzen, weil auch die strikte Rechtsbefolgung nicht immer sicherstellt, dass das Regulierungsziel erreicht wird. So besteht etwa das Regulierungsziel einer Lenkungssteuer darin, dass die Regulierungsadressaten das besteuerte Verhalten – etwa die Emission umweltschädlicher Stoffe – re-

⁴⁰ Vgl. dazu *Summers*, 59 Cal. L. Rev. 733 (1971). Siehe auch *Franzius*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 4 (zu den „Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht“).

⁴¹ *Noll*, Gesetzgebungslehre (1973), S. 110 listet als Rechtsfolgen allein Strafen, Steuern, Subventionen, Schadensersatzverpflichtungen auf.

⁴² Rechtsbefolgung bezeichnet in der Rechtssoziologie die freiwillige Normbefolgung durch die Rechtsunterworfenen, während man von Rechtsdurchsetzung spricht, „wenn und soweit nichtnormgemäßes Handeln besondere Aktivitäten auslöst, die der Erhaltung des Rechts oder der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände dienen“; vgl. *Luhmann*, Rechtssoziologie⁴ (2008), S. 267.

duzieren oder gänzlich unterlassen, während Rechtsbefolgung lediglich bedeutet, dass die Steuer dem Ausmaß der tatsächlichen Tätigkeit entsprechend entrichtet wird. Damit Recht eine Regulierungsfunktion erfüllen kann, muss als wichtigste Voraussetzung sichergestellt sein, dass das spezifische Regulierungsziel so zum Regulierungsadressaten – also demjenigen, dessen Verhalten dafür entscheidend ist, ob der angestrebte soziale Zustand erreicht wird – gelangt, dass dieser sich regulierungszielkonform verhält. Sowohl der eigentliche Normbefehl als auch die Androhung und Vollziehung seiner zwangsweisen Durchsetzung sind lediglich unterschiedliche Wege, um das Regulierungsziel zu vermitteln.⁴³ Bevor die verschiedenen Regulierungsinstrumente klassifiziert werden können, ist deshalb zunächst zu klären, welcher Zusammenhang jeweils zwischen Rechtsbefolgung/Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung besteht.

a. Rechtsbefolgung und Regulierungswirkung

Obwohl Rechtsbefolgung und Regulierungswirkung nicht identisch sind, ist erstere doch in den meisten Fällen notwendig, um letztere zu erreichen. So kann auch die erwähnte Lenkungssteuer nur dann ihr Regulierungsziel erreichen, wenn der Steuerpflichtige keine Steuerhinterziehung begeht, sondern den durch die Steuer hervorgerufenen negativen Anreiz in sein wirtschaftliches Kalkül einbezieht und sein Verhalten dementsprechend anpasst.⁴⁴

Deshalb sind Umstände, die zur Rechtsbefolgung führen, auch für die Erzielung der Regulierungswirkung wichtig. Ein häufig genannter Grund für Rechtsbefolgung sind die negativen Anreize, die von einer möglichen Rechtsdurchsetzung ausgehen; diese sollen hier aber zurückgestellt und erst im nächsten Abschnitt behandelt werden. Eine kurze Kontrollüberlegung zeigt, dass allein die Sorge vor möglichen Sanktionen nicht das tatsächlich zu beobachtende Ausmaß an Rechtsbefolgung zu erklären vermag. Denn wenn man mit der ökonomischen Analyse des Rechts die Abschreckungswirkung von Sanktionen als eine Funktion der zu erwartenden Sanktionshöhe und der Verurteilungswahrscheinlichkeit bestimmt,⁴⁵ wäre die Rechtsbefolgung aufgrund der real drohenden Sanktion in vielen Fällen angesichts einer verschwindend geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit irrational. Stattdessen müssen weitere Erklärungen dafür bemüht werden, weshalb sich Menschen rechtskonform verhalten. In der Rechtssoziologie werden insbesondere Identifikation und Internalisierung genannt,⁴⁶ also die Orientierung am Verhalten anderer oder die innere Überzeugung von der Richtigkeit der Rechtspflicht.⁴⁷ Eine enge Verbindung zu diesen Begründungen für

⁴³ Vgl. *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 44 f.

⁴⁴ Wird in einem solchen Fall dennoch das Regulierungsziel verfehlt, sind entweder die Bemessungsgrundlage oder der Steuersatz falsch kalibriert.

⁴⁵ Siehe nur *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 479–490.

⁴⁶ Vgl. *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*⁷ (2009), S. 111 f.

⁴⁷ *Feldman*, in: *Levi-Faur* (Hrsg.), *Handbook on the Politics of Regulation* (2011), S. 335,

Rechtsbefolgung weisen Theorien auf, die zu erklären versuchen, wie die Kommunikation der Inhalte des Rechts an den Adressaten funktioniert⁴⁸ bzw. wie das Recht soziale Normen als Grundlage menschlichen Verhaltens beeinflusst.⁴⁹

Während diese Theorien alle auf die Steuerung menschlichen Verhaltens durch Befehle ausgerichtet sind, gibt es daneben auch noch die Möglichkeit einer (rechtlichen) Steuerung durch Information und Steuerung durch Anreize.⁵⁰ Wichtig für das richtige Verständnis der Regulierungswirkung des Rechts ist, dass menschliches Verhalten nicht nur durch rechtliche Befehle gesteuert wird, dass aber das Recht auch andere Ursachen menschlichen Verhaltens beeinflussen kann.

So unterscheidet etwa *Lessig* schematisch vier Quellen der Verhaltensbeeinflussung, nämlich Recht, soziale Normen, Märkte und „Architektur“.⁵¹ Dabei kann das Recht gezielt eingesetzt werden, um andere Verhaltensquellen zu beeinflussen und damit indirekt menschliches Verhalten zu steuern.⁵² Ein Beispiel der Beeinflussung sozialer Normen durch Recht ist die Einführung der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft. Empirische Untersuchungen zu Familienleitbildern deuten darauf hin, dass sich die Akzeptanz homosexueller Partnerschaften und so genannter Regenbogenfamilien in den letzten Jahren (nach Inkrafttreten des LPartG) drastisch erhöht hat.⁵³ Als Ergebnis werden homosexuelle Paare und Familien in der sozialen Realität und etwa in der Arbeitswelt freundlicher aufgenommen werden, als dies vermutlich durch eine direkte rechtliche Regulierung, z. B. in Form von Antidiskriminierungsregeln, möglich gewesen wäre. Im Bereich der rechtlichen Beeinflussung des Marktes zu Regulierungszwecken kann etwa das Aufsichtsrecht genutzt werden, um konkrete Angebote de facto vom Markt zu verbannen und damit bestimmte wirtschaftliche Verhaltensweisen unmöglich zu machen. Verpflichtet z. B. das Bankaufsichtsrecht kreditgebende Banken dazu, für Kredite an besondere Personengruppen oder Unternehmen (z. B. Hedgefonds) besonders hohe regulatorische Eigenka-

336–339 unterscheidet fünf Gründe für die Rechtsbefolgung: Anreize, Vernunft, Soziale Orientierung, Moral und Bürgerpflicht.

⁴⁸ *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 29–85.

⁴⁹ *Lessig*, 27 J. Leg. Stud. 661 (1998); *Sunstein*, 144 U. Pa. L. Rev. 2021 (1996); siehe auch *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), S. 108 f.

⁵⁰ *E. v. Hippel*, ZG 1987, 1, 2.

⁵¹ Als „Architektur“ gelten alle äußeren Umstände, die als „natürliche“ Grenzen von Handlungsmöglichkeiten wirken, also etwa die Unmöglichkeit, die Gedanken anderer lesen zu können und damit mit Sicherheit zu wissen, ob jemand die Wahrheit sagt; der Umstand, dass es eine bestimmte Zeit dauert, von einem Ort zu einem anderen zu kommen als Begrenzung der Fähigkeit, dort eine bestimmte Handlung vorzunehmen; oder auch der Verlauf einer Autobahn, der zu einer Segregation der Wohnviertel auf beiden Seiten führt; vgl. *Lessig*, 27 J. Leg. Stud. 661, 663 (1998).

⁵² *Lessig*, 27 J. Leg. Stud. 661, 666–672 (1998).

⁵³ Vgl. *Gründler/Schiefer*, Bevölkerungsforschung 2013/04, 18 ff.; *Institut für Demoskopie Allensbach*, Monitor Familienleben 2012, 2012 (http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_studies/Monitor_Familienleben_2012.pdf), S. 41 f.

pitalanforderungen zu erfüllen, führt dies dazu, dass derartige Personen oder Unternehmen nur noch Kredite zu Zinssätzen erhalten, die eine Kreditfinanzierung ihrer Geschäftsprojekte unrentabel macht. Ebenso ist es möglich, vermittelt über die Regulierung von „Architektur“ Verhalten zu beeinflussen. Würde etwa im Produktsicherheitsrecht gesetzlich vorgeschrieben, dass PKWs nur mit einer technisch implementierten Höchstgeschwindigkeitsgrenze gebaut bzw. vertrieben werden dürfen, könnte damit das Fahrverhalten und die Verkehrssicherheit auf Autobahnen beeinflusst werden.

Im vorliegenden Zusammenhang ist wichtig, dass es viele Möglichkeiten gibt, durch rechtliche Beeinflussung von Kontextfaktoren auch ohne direkten rechtlichen Zwang Verhaltenssteuerung zu betreiben.⁵⁴ Dabei lassen sich im Anschluss an *Baldwin* drei Stufen unterscheiden:⁵⁵ Auf der ersten Stufe zielt die Regulierung darauf ab, Entscheidungen des Regulierungsadressaten zu verbessern, etwa indem diesem bestimmte Informationen zur Verfügung gestellt werden.⁵⁶ Damit hängt die Erreichung des Regulierungsziels (die aus Sicht der regulierenden Instanz optimale Entscheidung) davon ab, dass der Regulierungsadressat richtig handelt. Häufig liegt die „richtige Handlung“ in diesen Fällen aber auch im Eigeninteresse des Regulierungsadressaten, so dass gute Gründe dafür sprechen, dass er sich regulierungszielkonform verhalten wird.⁵⁷ Will die regulierende Instanz hier eine größere Sicherheit einbauen, erreicht man die zweite Stufe. Diese beinhaltet ein Element der direkten Verhaltensbeeinflussung, etwa indem regulierende Normen bestimmte „default options“ vorgeben, die eine Bewertung darüber implizieren, welche Entscheidung als optimal betrachtet wird. Dispositives Vertragsrecht fällt in diese Kategorie.⁵⁸ Solche Regulierungsinstrumente erfordern keine eigene Entscheidung des Regulierungsadressaten. Gleichzeitig ermöglichen sie ihm aber auch zu erkennen, dass sein Verhalten Gegenstand einer rechtlichen Steuerung ist und bieten ihm so die Möglichkeit, anders zu entscheiden. Soll diese Möglichkeit ausgeschlossen werden, ist schließlich die dritte Stufe erreicht. Dort zielt die Regulierung darauf ab, die Einstellungen der Regulierungsadressaten zu verändern, etwa indem Unternehmen dazu verpflichtet werden, in ihre Werbung so genannte „Furchtappelle“ („Rauchen tötet“; „Bei Aktienanlagen besteht stets das Risiko eines Totalverlusts“) aufzunehmen.⁵⁹ Derartige Re-

⁵⁴ Dieser Ansatz ist unter dem Schlagwort „nudge“ bekannt geworden; siehe insbesondere *Thaler / Sunstein*, Nudge (2008). Kritisch zur Effektivität derartiger Ansätze *Willis*, 80 U. Chi. L. Rev. 1155 (2013).

⁵⁵ Siehe zum Folgenden *Baldwin*, MLR 77 (2014), 831, 835–837.

⁵⁶ *Baldwin* nennt hier nur durch den Staat selbst bereit gestellte Informationen („Sie haben noch drei Wochen, um Ihre Steuererklärung abzugeben“); selbstverständlich kann das Recht aber auch Private verpflichten, bestimmte Informationen zu geben, etwa im Rahmen vorvertraglicher Aufklärungspflichten.

⁵⁷ Zu den Grenzen der Steuerungswirkung durch Information siehe *E. v. Hippel*, ZG 1987, 1, 6 f.; ausführlich *Schön*, in: FS Canaris (2007), Bd. I, S. 1191, 1206–1210.

⁵⁸ Ausführlich dazu oben S. 89.

⁵⁹ *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (2010), S. 92–118 meint, die Einfüh-

gulierung soll Emotionen wecken, die so stark sind, dass sie einer rationalen Entscheidungsfindung im Wege stehen, so dass dem Regulierungsadressaten nicht bewusst ist, dass es auch gute Gründe geben könnte, sich anders zu verhalten.⁶⁰

Derartige Kontextsteuerung ist selbstverständlich auch auf Rechtsbefolgung angewiesen. Sie zeichnet sich aber dadurch aus, dass Normadressat und Regulierungsadressat unterschiedliche Personen sind und der Regulierungsadressat deshalb gar nicht die Wahl hat, die rechtlichen Vorgaben nicht zu befolgen, um so der Regulierungswirkung zu entgehen. Der Normadressat hat in diesen Konstellationen wiederum häufig ein Interesse an der Normbefolgung, etwa weil er selbst einer behördlichen Aufsicht untersteht oder befürchten muss, dass er andernfalls seine eigenen privatrechtlichen Ansprüche gegen den Regulierungsadressaten nicht durchsetzen kann, wenn er die rechtlichen Anforderungen (etwa an Aufklärungspflichten, AGB-Gestaltung und dergleichen) nicht einhält.

b. Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung

In der Rechtssoziologie gilt als Rechtsdurchsetzung jeder staatliche Mechanismus zur „Erhaltung des Rechts oder der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände“.⁶¹ Damit umfasst das Konzept sowohl die Durchsetzung der eigentlichen Rechtsposition (primäre Rechtsdurchsetzung) als auch flankierenden Maßnahmen wie Sanktionen und den Ersatz von Schäden (sekundäre Rechtsdurchsetzung). Für die Analyse der Regulierungswirkung sind die beiden Fälle aber getrennt zu untersuchen.

Der durch die primäre Durchsetzung (etwa eines vertraglichen Verschaffungs- und Übereignungsanspruchs oder auch einer behördlichen Untersagung) geschaffene Zustand gleicht *prima facie* – abgesehen von einer Verzögerung – dem Ergebnis der Rechtsbefolgung. Ob damit im konkreten Fall auch die beabsichtigte Regulierungswirkung erzielt wird, hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalls ab. In Fällen, in denen Normadressat und Regulierungsadressat auseinanderfallen, lässt sich durch eine nachträgliche Behebung des rechtswidrigen Zustands häufig nicht mehr die Regulierungswirkung erzielen, etwa weil eine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Regulierungsadressaten von der Rechtsdurchsetzung gegenüber dem Normadressaten unberührt bleibt. Hat also z. B. eine Bank einen Kredit falsch klassifiziert und deshalb mit zu wenig regulatorischem Eigenkapital unterlegt, können die Bedingungen des Darlehensvertrags aufgrund der aufsichtsrechtlichen Maßnahme, die dies korrigiert, grund-

lung gesetzlicher Widerrufsrechte im Fernabsatz habe zu einer Präferenzänderung dergestalt geführt, dass Verbraucher sich eher „berechtigt“ fühlen, von dem Recht Gebrauch zu machen als bei einem vertraglich eingeräumten Recht. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Regulierung im hier verwendeten Sinne, sondern um eine unbeabsichtigte Nebenfolge (so auch *Bechtold*, aaO.).

⁶⁰ *Thaler/Sunstein*, Nudge (2008), S. 243–246 halten derartige Regulierung für unethisch, da sie gegen grundlegende Transparenzanforderungen verstoße.

⁶¹ *Luhmann*, Rechtssoziologie⁴ (2008), S. 267.

sätzlich nicht nachträglich verändert werden;⁶² besteht das Ziel darin, durch besonders hohe Zinsanforderungen den Kredit für den Kreditnehmer ex ante unwirtschaftlich zu machen, lässt sich dies selbst im Falle einer späteren Vertragsanpassung gar nicht mehr erreichen.

Die Hauptbedeutung der primären Rechtsdurchsetzung liegt aber in ihrer abschreckenden Wirkung ex ante. Die Möglichkeit, bestimmte Handlungen oder Rechtsfolgen (etwa die Wirkungen einer Willenserklärung, z. B. einer notwendigen Einwilligung im Gesellschafts- oder Familienrecht) in natura zu erzwingen bzw. rechtlich zu ersetzen (§ 894 ZPO), vermindert ex ante die Anreize, entgegen einer Rechtspflicht die Vornahme zu verweigern. Eine ähnliche Wirkung haben Vorschriften wie § 1628 BGB, wonach ein Elternteil gerichtlich ermächtigt werden kann, in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten die elterliche Sorge alleine auszuüben. Könnte in diesen Fällen statt der primären Rechtsdurchsetzung gegenüber dem Regulierungsadressaten nur eine Geldbuße verhängt oder Schadensersatz verlangt werden, wäre die verhaltenssteuernde Wirkung der Norm in all jenen Fällen vermindert, in denen der Regulierungsadressat ein erhebliches monetäres, vor allem aber ein besonderes ideelles Interesse daran hat, sich dem Normbefehl zu widersetzen und damit den Eintritt der Regulierungswirkung zu verhindern. Der primären Rechtsdurchsetzung kommt deshalb sowohl eine spezialpräventive als auch eine generalpräventive Funktion zu. Dies ist der wichtigste Zusammenhang von primärer Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung.

Anders ist demgegenüber der Zusammenhang zwischen sekundärer Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung. Der primären Rechtsdurchsetzung am nächsten kommt die privatrechtliche Schadensersatzhaftung gemäß §§ 249 ff. BGB. Der Schadensersatz ist gemäß § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichtet und eine solche (etwa die Rückgabe einer gestohlenen Sache) ist im Ergebnis mit dem der primären Rechtsdurchsetzung (im Beispiel § 985 BGB) identisch. Entgegen der gesetzlichen Regel, stellt die Naturalrestitution in der Praxis jedoch den Ausnahmefall dar; die Entschädigung in Geld gemäß § 251 Abs. 1 BGB bildet den praktischen Grundfall.⁶³ Die Geldentschädigung kann aber in denjenigen Fällen die Regulierungswirkung nicht mehr verwirklichen, in denen der angestrebte Zustand (wie zumeist) nicht rein finanziell definiert ist. So besteht etwa die angestrebte Regulierungswirkung von Haftungs Vorschriften im Straßenverkehr darin, Unfälle zu vermeiden, nicht aber, dem Verletzten einen finanziellen Ausgleich für Behandlungskosten zu gewähren. Aus regulatorischer Sicht erfüllt die Pflicht zur Entschädigung in Geld deshalb eine Funktion, die

⁶² Eine Zinsanpassung (notfalls im Wege der Änderungskündigung) kommt aber in Betracht, wenn sich die Bonität des Kreditnehmers nachträglich verschlechtert und die Bank deshalb höhere Eigenkapitalanforderungen erfüllen muss; vgl. *Berger*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 488 Rn. 187.

⁶³ Siehe nur *Oetker*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 249 Rn. 320 m. w. N.

analog zur Geldbuße bzw. Geldstrafe ist, sie dient der präventiven Verhaltenssteuerung.⁶⁴

Sekundäre Rechtsdurchsetzung in Form von Geldzahlungspflichten hat den Effekt, dass der Regulierungsadressat (sofern er die Höhe der zu erwartenden Zahlung abschätzen kann) ex ante vor ein wirtschaftliches Kalkül gestellt wird: Lohnt sich die mit der Rechtsverletzung einhergehende Einsparung von Kosten angesichts der zu erwartenden Schadensersatz- oder Strafzahlung? Verspricht der Rechtsverstoß zudem einen über die Kosteneinsparung hinausreichenden Gewinn, kommt es darauf an, ob dieser rechtlich abgeschnitten werden kann oder die zu erwartende Geldzahlungspflicht hoch genug ist, um den Gewinnvorteil zu neutralisieren.⁶⁵ Handelt es sich um eine Geldstrafe oder sogar um eine drohende Freiheitsstrafe, tritt zu dem rein wirtschaftlichen Kalkül eine weitere wesentliche Komponente hinzu, nämlich die mit einer strafrechtlichen Verurteilung einhergehende soziale Stigmatisierung.⁶⁶

Kommt es tatsächlich zur sekundären Rechtsdurchsetzung, ist die Regulierungswirkung im konkreten Fall zumeist nicht mehr zu erreichen; vielmehr wird die sekundäre Rechtsdurchsetzung gerade dadurch ausgelöst, dass sich der Normadressat entgegen der regulatorischen Rechtspflicht verhalten hat. Trotzdem erfüllt die sekundäre Rechtsdurchsetzung auch in diesen Fällen eine wichtige regulatorische Funktion, indem sie anderen Regulierungsadressaten signalisiert, dass die zu erwartenden negativen Folgen bei einem Rechtsverstoß auch tatsächlich eintreten. Die Hauptbedeutung der sekundären Rechtsdurchsetzung für die Regulierungsfunktion besteht deshalb in ihrer generalpräventiven Wirkung.

Aufbauend auf diesen generellen Betrachtungen zum Zusammenhang zwischen Rechtsbefolgung/Rechtsdurchsetzung und Regulierungswirkung sollen im Folgenden Kategorien gebildet werden, um einzelne Regulierungsinstrumente zu klassifizieren.

2. Direkte Regulierungsinstrumente

Unter direkten Regulierungsinstrumenten sollen rechtliche Normen oder Einzelfallentscheidungen verstanden werden, die darauf abzielen, beim Normadressaten eine Regulierungswirkung zu erzielen, so dass die Gruppe der Regulierungsadressaten gleichzeitig stets auch zumindest potentielle⁶⁷ Normadressaten sind.

⁶⁴ Siehe zu diesem Verständnis des Schadensersatzrechts *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht¹² (2013), S. 30–36; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 454 f.

⁶⁵ Siehe § 17 Abs. 4 OWiG (Bußgeld soll den wirtschaftlichen Vorteil des Täters übersteigen) sowie *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten (2003), S. 249–252 (zur privatrechtlichen Gewinnhaftung als Präventionsmittel).

⁶⁶ Siehe dazu unten S. 472 f.

⁶⁷ Im Falle regulatorischer Einzelfallentscheidungen (etwa Urteile oder Verwaltungsakte) fallen der Kreis derjenigen, an die die konkrete Entscheidung gerichtet ist, und der Kreis der Regulierungsadressaten auseinander. Wesentlich für die Klassifizierung einer solchen Ent-

a. Gesetzliche Gebote, Verbote und Unwirksamkeitsgründe

Das wichtigste Beispiel für ein direktes Regulierungsinstrument sind gesetzliche Regelungen, die als solche ein Gebot oder Verbot aussprechen, das bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen direkte Rechtsfolgen erzeugt. Darunter fallen nicht nur alle Straftatbestände und direkt anwendbaren öffentlich-rechtlichen Ge- und Verbotstatbestände (z. B. der StVO), sondern auch Einwendungen wie §§ 134, 138 BGB. Als gesetzliches Ge- bzw. Verbot sollen auch solche Vorschriften gelten, die die Voraussetzungen regeln, unter denen eine bestimmte Rechtsfolge erreicht werden kann, also etwa Antragserfordernisse im Verwaltungsrecht, der Strafantrag oder das (konkret nicht regulierende, sondern interessenausgleichende) Trennungsjahr gemäß §§ 1565 Abs. 2, 1566 Abs. 1 BGB als Voraussetzung der Scheidung.

aa. Selbstwirksame Vorschriften

Vorschriften sind „selbstwirksam“, wenn die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen nicht nur eine abstrakte Rechtsfolge generiert, sondern sich bereits auf tatsächlicher Ebene auswirkt.⁶⁸ Beispiele für selbstwirksame Vorschriften sind gesetzliche Nichtigkeitsgründe wie §§ 134, 138 BGB, aber auch Form- oder Verfahrensvoraussetzungen, die zwingend erfüllt werden müssen, um ein bestimmtes gewünschtes Ziel zu erreichen. So führt die Einordnung eines Vertrags als formunwirksam⁶⁹ oder gesetzes- bzw. sittenwidrig, da es sich dabei um von Amts wegen zu beachtende Einwendungen handelt, dazu, dass sich die Erfolgsaussichten der Klage auch ohne ein Zutun des Beklagten verschlechtern. Dadurch wird die Klageerhebung durch den dies antizipierenden Regulierungsadressaten unwahrscheinlicher. Die Wucherrechtsprechung,⁷⁰ derzufolge bei einem Wucherdarlehen die Pflicht zur Zinszahlung ersatzlos entfällt, gibt etwa dem Bewucherten Anreize, die Zinszahlungen einfach einzustellen und abzuwarten, ob der wucherische Darlehensgeber das Risiko eines Prozesses mit sehr schlechten Erfolgsaussichten auf sich nimmt. Auch die Vorgabe eines zwingenden Trennungsjahrs vor der Ehescheidung ist eine selbstwirksame Vorschrift; sie zielt gerade darauf ab, tatsächliche Wirkungen zu erzielen.⁷¹ Im Strafrecht stellt etwa der

scheidung als „direktes“ Regulierungsinstrument ist, dass die Regulierungsadressaten potentiell auch Adressat einer parallelen Einzelfallentscheidung werden können.

⁶⁸ Vgl. *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 448. Der Begriff der „selbstwirksamen Vorschrift“ ist angelehnt an, aber nicht identisch mit den aus dem Öffentlichen Recht bekannten „self-executing“ Normen, also solchen Normen, die keines weiteren Verwaltungsaktes zu ihrer Umsetzung bedürfen; vgl. *Pils*, JA 2011, 113. Demgegenüber spricht *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 212 insoweit von „unmittelbar wirkenden Normdurchsetzungsmechanismen“, wobei immer noch die „Realisierung“ der Rechtsfolge unterschiedlichen Akteuren zugewiesen sei.

⁶⁹ Umfassender Überblick zu möglichen Sanktionssystemen bei Formverstößen im Privatrecht *Heiss*, Formmängel und ihre Sanktionen (1999), S. 9 f., 131–152.

⁷⁰ Grundlegend RGZ 161, 52, 57 f.

⁷¹ Dazu ausführlich *Lee*, 56 J. L. & Econ. 227 (2013).

Rechtfertigungsgrund der Notwehr eine selbstwirksame Vorschrift dar, indem er die Handlungsanreize von Opfern rechtswidriger Angriffe verändert. Auch gesetzliche Antragserfordernisse im Verwaltungsrecht können selbstwirksame Vorschriften sein, wenn sie etwa – selbst wenn der potentielle Antragsteller sicher ist, die Genehmigung zu erhalten – die Anreizlage im Vergleich zu einer genehmigungsfreien Möglichkeit zur Vornahme der entsprechenden Handlung verändern.

Selbstwirksame Vorschriften sind besonders gut geeignet, Regulierungswirkungen zu erzielen, weil sie durch einen direkten Zusammenhang zwischen Tatbestandsverwirklichung und tatsächlicher Auswirkung der Rechtsfolge gekennzeichnet sind. Die Regulierungswirkung einer selbstwirksamen Norm ist umso höher, je konkreter sie tatbestandlich gefasst ist,⁷² denn damit steigt für den Berechtigten die Gewissheit, dass er sich ohne großes rechtliches Risiko in einer bestimmten Weise verhalten kann. Ist dagegen höchst unsicher, ob ein bestimmter Vertrag schon die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB erfüllt, sinken die Anreize des potentiellen Opfers erheblich, auf eine Zahlungsaufforderung untätig zu bleiben. Gleichzeitig sinkt damit auch die Präventionswirkung, weil der Regulierungsadressat diese Unsicherheit antizipieren kann.

bb. Vorschriften, die eines Rechtsdurchsetzungsaktes bedürfen

Die meisten Vorschriften bedürfen aber eines Rechtsdurchsetzungsaktes, sei es durch eine Behörde oder eine Privatperson, damit davon tatsächliche Wirkungen ausgehen. So bedarf es auch bei self-executing Normen des Verwaltungsrecht der behördlichen Überwachung (etwa im Aufsichtsrecht) und / oder Sanktionierung von Normverstößen (etwa im Straßenverkehr), es bedarf einer Klageerhebung, um privatrechtliche Ansprüche durchzusetzen und die strafrechtliche Verurteilung setzt eine Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft voraus – die ihrerseits teilweise nur bei einem Strafantrag des Verletzten tätig werden darf. Auch die eben genannten privatrechtlichen Nichtigkeitsvorschriften bedürfen in bestimmten Fallkonstellationen einer aktiven Geltendmachung, nämlich stets dann, wenn auf den nichtigen Vertrag bereits geleistet wurde. Die Notwendigkeit eines besonderen Rechtsdurchsetzungsaktes beeinträchtigt potentiell die Regulierungswirkung, da dieser Akt aufgrund der damit verbundenen Kosten niemals in *sämtlichen* theoretisch erfassten Fällen auch tatsächlich erfolgt. Je unwahrscheinlicher die tatsächliche Rechtsdurchsetzung ist, desto geringer ist die Regulierungswirkung auf den dies antizipierenden Regulierungsadressaten.

Rechtsdurchsetzungsakte unterbleiben bei der behördlichen Rechtsdurchsetzung insbesondere aufgrund mangelnder Information über Rechtsverstöße. Aber auch bei Kenntnis eines Rechtsverstoßes kommt den Behörden vielfach ein Ermessen zu, und gerade bei geringfügigen Verstößen werden Verfahren häu-

⁷² Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 169 f. spricht in Anlehnung an Jhering von „formaler Realisierbarkeit“.

fig nicht eingeleitet. Demgegenüber bilden bei der Rechtsdurchsetzung durch Private Kostenrisiken den Hauptgrund, auf die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes zu verzichten.⁷³ Insofern gilt auch hier, dass insbesondere präzise gefasste Tatbestände, welche eine verlässliche Kalkulation des Prozessrisikos ermöglichen, Anreize zur Rechtsdurchsetzung und damit die Regulierungswirkung stärken.

b. Gebot, Verbot oder Unwirksamkeit aufgrund einer einzelfallbezogenen Handlung

Die nun zu untersuchenden Ge- und Verbote sowie Unwirksamkeitsgründe unterscheiden sich von den zuletzt analysierten Regulierungsinstrumenten dadurch, dass nicht nur die *Rechtsdurchsetzung* einer individuellen Initiative bedarf, sondern bereits die Rechtsfolge erst durch eine einzelfallbezogene Handlung bewirkt wird.⁷⁴ Dabei lassen sich anhand der handelnden Personen drei Hauptfälle unterscheiden.

aa. Verwaltungsakte

Erlässt eine Behörde einzelfallbezogene Ge- oder Verbote, handelt es sich um Verwaltungsakte i. S. v. § 35 VwVfG. Gegenüber einer abstrakt-generellen gesetzlichen Regelung kann einem Verwaltungsakt insbesondere aus drei Gründen eine geringere Regulierungswirkung zukommen: Zunächst werden Verwaltungsakte (mit Ausnahme von Allgemeinverfügungen i. S. v. § 35 S. 2 VwVfG) grundsätzlich nicht öffentlich bekannt gegeben (vgl. § 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG), so dass häufig Dritte, die sich in einer vergleichbaren Situation mit dem Adressaten befinden, gar keine Kenntnis davon erlangen. Zweitens enthalten Verwaltungsakte aufgrund ihres Einzelfallbezugs häufig Regelungen, die keine Regulierungswirkung entfalten, weil sie allein an den Besonderheiten des konkreten Falls orientiert sind. Schließlich kommt der Behörde beim Erlass von Verwaltungsakten häufig ein Ermessen zu, so dass Dritte die begründete Hoffnung haben können, dass in ihrem Fall anders entschieden werden würde. Andererseits kann der Einzelfallbezug die Regulierungswirkung auch verstärken, nämlich in solchen Regulierungsbereichen, die durch eine gewisse Komplexität geprägt und damit einer generell-abstrakten Regelung nur eingeschränkt zugänglich sind. Dies gilt vor allem für solche Rechtsgebiete, in denen der Gesetzgeber nicht nur die Gesetzesdurchführung der Verwaltung überantwortet, sondern dieser auch materielle Wertentscheidungen überlässt, wie etwa im so genannten Regulierungsverwaltungsrecht.⁷⁵

⁷³ Ausführlicher Vergleich der Vor- und Nachteile von privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung unten S. 565 ff. und S. 630 ff.

⁷⁴ Siehe zum Begriff des „Rechtswirkungssatzes“ Gmür, Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte (1981), S. 36–38.

⁷⁵ Siehe dazu z. B. Ruffert, AöR 124 (1999), 237, 246–250.

In den Standardfeldern der Gefahrenabwehr macht es für die Regulierungsadressaten grundsätzlich keinen Unterschied, ob die eigentliche Rechtspflicht bereits durch das Gesetz entsteht (und durch die Behörde lediglich Verstöße sanktioniert werden) oder eines durchführenden Verwaltungsaktes, etwa einer Abrissverfügung bei einem baurechtswidrigen Bau, bedarf. Eine weitere Verstärkung der Regulierungswirkung tritt ein, wenn das Ermessen der Behörde durch Soll-Vorschriften gebunden ist.

bb. Richterliche Rechtsfortbildung, Konkretisierung von Generalklauseln und Inhaltskontrolle

Während die Gerichte häufig in die Rechtsdurchsetzung einbezogen sind, kommt insbesondere den Zivilgerichten in manchen Konstellationen eine darüber hinausgehende eigene rechtsgestaltende Aufgabe zu, die Regulierungswirkung entfalten kann. Dies ist etwa der Fall, wenn die Zivilgerichte einzelfallbezogen die Unwirksamkeit rechtlicher Regelungen feststellen, so etwa bei der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB, oder wenn sie aus Generalklauseln in Form von „Fallgruppen“ bestimmte Ge- oder Verbote konkretisieren. Außerdem entwickeln sämtliche Gerichte (einschließlich der Strafgerichte)⁷⁶ im Wege der Rechtsfortbildung generell-abstrakte Ge- oder Verbote, die dazu intendiert sind, über den entschiedenen Einzelfall hinaus zu gelten.

Die Regulierungswirkung solcher Entscheidungen hängt wie bei behördlichen Verwaltungsakten davon ab, wie stark einzelfallbezogen das Gericht argumentiert. So kann etwa die richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen einen steuernden Impetus haben; stellt die Entscheidung allerdings stark auf die Umstände des konkreten Falles ab, bleibt die generalpräventive (nicht aber die spezialpräventive) Regulierungswirkung mangels verallgemeinerungsfähiger Aussagen gering. Demgegenüber gleichen rechtsfortbildende Normen des Richterrechts (man denke etwa an die Ausformung des Bankrechts durch die Rechtsprechung vor der Kodifizierung in §§ 675c ff. BGB) in ihrer Wirkung denen des Gesetzesrechts und sind deshalb besonders geeignet, Regulierungswirkung zu entfalten. In der Mitte liegt die Fallgruppenbildung zur Konkretisierung von Generalklauseln.⁷⁷ Derartige Fallgruppen gleichen in ihrer Struktur zwar abstrakt-generellen Normen, häufig verlangt die Rechtsprechung aber noch eine „Abwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles“,⁷⁸ so dass für den Regelungsadressaten unklar ist, ob sein Fall tatsächlich erfasst würde oder nicht. Soll die Fallgruppe einen regulierenden Zweck verfolgen, wird dieser durch ein solches Abwägungserfordernis wesentlich geschwächt.

⁷⁶ Zur Rechtsfortbildung im Strafrecht siehe nur *Kempf/Schilling*, NJW 2012, 1849 ff.

⁷⁷ Ausführlich zur Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), S. 144–178.

⁷⁸ Siehe z. B. BGHZ 177, 193, 210 (für Ausgleichansprüche bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft).

cc. Handlungen Privater, insbesondere Gestaltungsrechte

Schließlich können auch Private Rechtshandlungen vornehmen, deren Rechtsfolgen Regulierungswirkung erzeugen. Der wichtigste Fall sind die privatrechtlichen Gestaltungsrechte, insbesondere Anfechtung, Verbraucherschützende Widerrufsrechte, Kündigung und Rücktritt, aber auch dauerhafte oder vorübergehende Einreden. Derartige Rechte ermächtigen Private, das Schuldverhältnis (in der Regel einen Vertrag) eigenmächtig umzugestalten oder zu beenden und dies nicht nur zum Schutz der entsprechenden Partei, sondern teils auch zur Verfolgung weitergehender öffentlicher Interessen. Die Rechtsfolgen ausgeübter Gestaltungsrechte sind grundsätzlich selbstwirksame Vorschriften im oben genannten Sinne,⁷⁹ d.h. sie verändern die Rechtslage in einer Weise, die es dem Inhaber des Gestaltungsrechts ermöglicht, auf eine gesicherte Rechtslage zu vertrauen und dementsprechend die eigene Leistung zu verweigern oder dergleichen. Dies gilt besonders für Anfechtung und Widerruf vor Erbringung der eigenen Vertragsleistung. Damit kann von Gestaltungsrechten bereits ex ante eine erhebliche präventive Regulierungswirkung ausgehen, insbesondere in Fällen, in denen das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen, wie bei den Verbraucherschützenden Widerrufsrechten, einfach zu verifizieren ist.

c. Sanktionsnormen

Rechtsdogmatisch besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den bislang behandelten Ge- und Verboten sowie Unwirksamkeitsgründen und den nun zu untersuchenden Sanktionsnormen, da letztere lediglich bestimmte Rechtsfolgen an den Verstoß gegen erstere knüpfen, also repressiv und nicht im strengen Sinne präventiv wirken.⁸⁰ Aus Sicht der Regulierungswirkung besteht dagegen kein großer Unterschied, da auch bei „präventiven“ Maßnahmen im engeren Sinne (z.B. einem behördlichen Genehmigungserfordernis) stets die Möglichkeit des Rechtsverstoßes besteht. Aus Sicht des Regulierungsadressaten verhindern präventive Rechtsfolgen im engeren Sinne (insbesondere die Unwirksamkeit von Verträgen bei Gesetzes- oder Sittenverstößen bzw. aufgrund einer Anfechtung oder eines Widerrufs) nur dann ein Verhalten, wenn sie selbstwirksam sind. Ansonsten stellen sie die rechtliche Reaktion auf ein unerwünschtes Verhalten dar, ähnlich einer „repressiven“ Sanktion. Während die Unwirksamkeit direkte Folge der Verfehlung des Normbefehls ist, so dass eine bestimmte Rechtsfolge nicht eintritt, zeichnen sich die sonstigen „repressiven“ Sanktionen dadurch aus, dass sie über den Nichteintritt der erwünschten primären Rechtsfolge hinaus oder statt diesem sekundäre Rechtsfolgen vorsehen.

⁷⁹ Siehe oben S. 457 f.

⁸⁰ Siehe zu diesem Unterschied BVerfGE 30, 336, 350: „Der Jugendschutz bedarf in erster Linie wirkungsvoller Präventivmaßnahmen, um erkannte Gefahrenquellen rechtzeitig auszuschalten; diese können ihrerseits durch repressive Maßnahmen ergänzt und verstärkt werden.“

aa. Rechtsverlust

Die Sanktion des Rechtsverlusts ist in allen Teilrechtsordnungen zu finden. In seiner einfachsten Form begegnet der privatrechtliche Rechtsverlust in §§ 442 Abs. 1, 536b S. 1 und 2, 640 Abs. 2 BGB, denen zufolge Mängel der Kauf- oder Mietsache bzw. des hergestellten Werkes nicht geltend gemacht werden können, wenn der Käufer/Mieter/Besteller bei Übernahme der Sache positive Kenntnis von dem Mangel hatte bzw. sich (im Kauf- und Mietrecht) grob fahrlässig dieser Kenntnis verschlossen hat. In diesen Fällen wirkt der Rechtsverlust Anreizen zu einem spekulativen Ausnutzen der Mangelhaftigkeit zulasten des Vertragspartners entgegen und erfüllt daher eine interessenausgleichende Funktion. Ähnliches gilt für den Rechtsverlust aufgrund Verwirkung. Dieser sanktioniert das als „Umstandsmoment“⁸¹ bezeichnete tatsächliche Verhalten eines Rechtsinhabers, durch welches dieser den Eindruck erweckt, sein Recht nicht geltend machen zu wollen, wenn dies tatsächlich nicht der Fall ist. Der Rechtsverlust kann potentiell eine Regulierungswirkung auch in solchen Konstellationen hervorrufen, in denen die Handlung als solche rechtlich nicht durch ein Gebot erzwungen werden kann, so z. B. bei den (in ihrer positivrechtlichen Ausgestaltung interessenausgleichenden) Obliegenheitsverletzungen gemäß § 536c Abs. 2 S. 2 BGB, § 377 Abs. 2 HGB, denen zufolge jeweils Mängelrechte verlustig gehen, wenn der Berechtigte eine rechtzeitige Anzeige des Mangels versäumt. Schließlich kann der Rechtsverlust im Privatrecht eingesetzt werden, um kollusives Zusammenwirken dadurch zu erschweren, dass gesetzes- oder sittenwidrige Verträge einer maximalen Rechtsunsicherheit unterworfen werden. In diesem Sinne sanktioniert § 817 S. 2 BGB gesetzes- oder sittenwidriges Verhalten, indem ein Verlust des Rückforderungsanspruches eintritt.⁸² Der privatrechtliche Rechtsverlust kann eine erhebliche Regulierungswirkung entfalten, da es sich häufig um selbstwirksame Vorschriften handelt.

Während in den bisher behandelten Fällen der Rechtsverlust ipso iure eintritt, kann ein solcher auch als Einrede ausgestaltet sein. Die wichtigsten Beispiele sind die Verjährung und der Ausschluss des Rücktritts gemäß § 218 BGB. In diesen Fällen handelt es sich allerdings nicht um Regulierung, sondern um einen Interessenausgleich.

Im Öffentlichen Recht wird der Rechtsverlust insbesondere in Form von materiell-rechtlichen Ausschlussfristen eingesetzt, durch deren Ablauf eine bestimmte Rechtsposition als solche erlischt.⁸³ Die Regulierungswirkung derartiger Ausschlussfristen ist allerdings auf den Effekt der Verfahrensbeschleunigung begrenzt. Demgegenüber führen die kapitalmarktrechtlichen Regelungen der §§ 28 WpHG, 59 WpÜG, deren Tatbestände an die Überschreitung bestimmter

⁸¹ Siehe nur Grote, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), Vorbemerkung zu §§ 194 ff. Rn. 13 m. w. N.

⁸² Ausführlich Klöhn, AcP 210 (2010), 804, 822–856.

⁸³ Siehe dazu nur Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁸ (2014), § 31 Rn. 8 m. w. N.

Schwellenwerte bezüglich Stimmrechten an börsennotierten Gesellschaften anknüpfen, bei der Verletzung öffentlich-rechtlicher Gebote (einer Stimmrechtsmeldepflicht bzw. einer Angebotspflicht) zu einem Verlust des gesellschaftsrechtlichen Stimmrechts des Aktionärs. Gerade indem der Rechtsverlust nicht das Verwaltungsverfahren selbst, sondern dessen tatsächliche Auswirkungen auf Dritte betrifft, lässt sich eine ganz erhebliche Regulierungswirkung erzielen.⁸⁴

Auch im Strafrecht wird der Rechtsverlust als Sanktion eingesetzt. So führt der Rechtfertigungsgrund der Notwehr gemäß § 32 StGB dazu, dass der rechtswidrig handelnde Angreifer das Recht verliert, sich seinerseits gegen die gebotene Notwehrhandlung des Angegriffenen bzw. gegen die Nothilfe eines Dritten zu verteidigen.⁸⁵ In Fällen von Nothilfe zugunsten von Rechtsgütern der Allgemeinheit handelt es sich bei dem von einem solchen Rechtsverlust ausgehenden Anreiz, auf den rechtswidrigen Angriff zu verzichten, um einen Fall von Regulierung.

bb. Schadensersatz

Die Bedeutung des Schadensersatzes als Regulierungsinstrument ist insbesondere von Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts schon früh betont worden⁸⁶ und auch in dieser Studie schon mehrfach angeklungen.⁸⁷ Im Folgenden soll zunächst die Funktionsweise der außervertraglichen und vertraglichen Schadensersatzhaftung als Regulierungsinstrument aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts dargestellt werden, ehe anschließend untersucht wird, welche Modellannahmen dem zugrunde liegen und inwieweit die Ergebnisse der Analyse noch gültig sind, wenn diese Annahmen in einem konkreten regulierten Lebensbereich nicht zutreffen sollten bzw. von der Rechtsordnung nicht geteilt werden.

Im Bereich der außervertraglichen Haftung für Nichtvermögensschäden werden üblicherweise Regime einer Verschuldenshaftung und einer Gefährdungshaftung verglichen sowie Konstellationen, in denen der potentiell Geschädigte passiv ist, mit solchen, in denen er selbst Einfluss auf die Entstehung des Schadens nehmen kann.

Nach dem Modell der ökonomischen Analyse sind sowohl Verschuldens- als auch Gefährdungshaftung geeignet, dem Regulierungsadressaten Anreize zu optimalen Sorgfaltsanstrengungen zu setzen. Sorgfaltsanstrengungen gelten als

⁸⁴ Ausführlich *Seibt*, ZIP 2012, 797, 799 f. m. w. N.

⁸⁵ Keine Notwehr gegen Notwehr; vgl. BGHSt 39, 374, 376.

⁸⁶ So beginnen etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012) nach einem Grundlagenteil direkt mit der „Ökonomischen Analyse des Schadensrechts“. Grundlegend zur ökonomischen Analyse des Schadensrechts sind insbesondere die Beiträge von *Shavell*. Siehe zusammenfassend *Shavell*, *Economic Analysis of Accident Law* (1987); *ders.*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 175–287. Aus deutscher Sicht grundlegend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 451–471. Siehe auch bereits *Adams*, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung* (1985).

⁸⁷ Siehe z. B. oben S. 306 f. (zum Verhältnis von Verschuldens- und Gefährdungshaftung unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit).

optimal, wenn eine zusätzliche Einheit an Sorgfalt höhere Kosten verursachen würde als die dadurch zu erreichende Reduzierung des zu erwartenden Schadens (dieser besteht aus der Schadenshöhe multipliziert mit der Eintrittswahrscheinlichkeit).⁸⁸ Nach einer auf den US-Richter *Learned Hand* zurückgehenden Formel⁸⁹ sollte die Verschuldenshaftung die haftungsbegründende Grenze der erforderlichen Sorgfalt danach bestimmen, ob der Vorsorgeaufwand geringer ist als der zu erwartende Schaden.⁹⁰ Damit inkorporiert dieses Fahrlässigkeitskriterium das soziale Optimum und bietet dem potentiellen Schädiger Anreize, optimale Sorgfaltsanstrengungen zu unternehmen. Aber auch von einer Gefährdungshaftung gehen entsprechende Anreize aus, da der potentielle Schädiger sämtliche Kosten – d. h. sowohl die Sorgfaltskosten als auch die Ersatzkosten für die trotzdem eintretenden Schäden – zu tragen hat und deshalb darauf abzielen wird, seine Gesamtkostenbelastung zu minimieren.⁹¹ Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Regimen besteht darin, dass durch eine Gefährdungshaftung auch das Ausmaß beeinflusst werden kann, in dem der Schädiger eine Tätigkeit ausübt (so genanntes Aktivitätsniveau). Das soziale Optimum ist in dieser Konstellation erreicht, wenn der potentielle Schädiger nicht nur optimale Sorgfaltsanstrengungen unternimmt, sondern die gefahrträchtige Tätigkeit nur so häufig ausübt, wie der dadurch zusätzlich erzielte Nutzen die Summe der Schadensvermeidungskosten und der trotzdem zu erwartenden Schäden übersteigt.⁹² Dieses Optimum wird bei einer reinen Fahrlässigkeitshaftung verfehlt, weil der Schädiger in seiner privaten Kalkulation bei der Wahl seines Aktivitätsniveaus nur die zusätzlichen Schadensvermeidungskosten zu der erwarteten Nutzensteigerung ins Verhältnis setzt, dabei aber den Anstieg der trotz dieser Sorgfaltsvorkehrungen zu erwartenden Schäden nicht berücksichtigt.⁹³

Erweitert man die Analyse um die Handlungen des potentiell Geschädigten, sind ebenfalls die Dimensionen „Sorgfaltsanstrengung“ und „Aktivitätsniveau“ zu unterscheiden. Hinsichtlich des Zusammenspiels von Schadensvermeidung durch den potentiellen Schädiger und Schadensvorkehrungen durch den potentiell Geschädigten besteht das soziale Optimum aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts in dem Zustand, in dem die gemeinsamen Anstrengungen

⁸⁸ Kötz / Wagner, Deliktsrecht¹² (2013), S. 32–34; Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 178 f. Für eine Erweiterung des Grundmodells um die Kosten der Rechtsdurchsetzung siehe Polinsky / Shavell, 37 Int'l Rev. L. & Econ. 86 (2014).

⁸⁹ Entwickelt in der Entscheidung U.S. v. Carroll Towing Co., 159 F.2d 169, 173 (2d Cir. 1947).

⁹⁰ Siehe dazu Kötz / Wagner, Deliktsrecht¹² (2013), S. 34; Posner, Economic Analysis of Law⁹ (2014), S. 191–196; Schäfer / Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 182 f.

⁹¹ Konzise Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 179 f.

⁹² Kötz / Wagner, Deliktsrecht¹² (2013), S. 202 f.; Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 194 f.

⁹³ Siehe zum Ganzen Schäfer / Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 234–236; Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 196–199.

das Ausmaß der erwarteten Schäden so reduziert haben, dass zusätzliche Aufwendungen – egal von welcher Seite – höhere Kosten verursachen würden als die dadurch zu erreichende zusätzliche Reduzierung der zu erwartenden Schäden. Um dieses Ziel zu erreichen, setzen sowohl eine Gefährdungshaftung mit Mitverschuldenseinwand als auch eine reine Fahrlässigkeitshaftung oder eine Fahrlässigkeitshaftung mit Mitverschuldenseinwand die richtigen Anreize.⁹⁴ Darüber hinaus kann auch das Aktivitätsniveau des Schädigers (oder des Geschädigten) durch die Wahl des Haftungsmaßstabs gesteuert werden; es ist aber nicht möglich, mit haftungsrechtlichen Anreizen sowohl das optimale Schadensvermeidungsniveau als auch das optimale Aktivitätsniveau für beide Parteien zu beeinflussen, weil dies voraussetzen würde, dass in bestimmten Fallkonstellationen beide Parteien die Schäden zu tragen haben.⁹⁵ Es muss also entschieden werden, ob es effizienter ist, das Aktivitätsniveau des potentiellen Schädigers anzupassen (dann sollte die Gefährdungshaftung gewählt werden) oder das Aktivitätsniveau des potentiell Geschädigten (dann sollte keine Haftung oder eine Fahrlässigkeitshaftung ggf. mit Mitverschuldenseinwand eingreifen).⁹⁶

Dieses Haftungsmodell kann auch für die Analyse der Produkthaftung fruchtbar gemacht werden. Aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts besteht der wesentliche Unterschied darin, dass der marktliche Wettbewerb und die Möglichkeit, Schadensvermeidungskosten sowie die Kosten der trotz der getroffenen Vorkehrungen zu ersetzenden Schäden über den Preis auf die Gesamtheit der Kunden zu überwälzen, die Anreizstruktur des Produzenten beeinflusst.⁹⁷

Im Bereich der außervertraglichen Haftung für reine Vermögensschäden⁹⁸ gelten zwar grundsätzlich die gleichen Erwägungen hinsichtlich optimaler Sorgfalt und der durch Verschuldens- und Gefährdungshaftung gesetzten Anreize. Ein wichtiger Unterschied ergibt sich aber daraus, dass aufgrund der normativen Prämissen der ökonomischen Analyse des Rechts bestimmte Positionen von den relevanten Schäden (anhand derer der effiziente Sorgfaltsaufwand kalkuliert wird) auszunehmen sind. Nach diesen normativen Prämissen sind für die Kalkulation der sozial optimalen Sorgfaltsanstrengungen nur solche Schadenspositionen relevant, die nicht nur einen privaten Verlust des Geschädigten anzeigen, sondern

⁹⁴ *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 184–189.

⁹⁵ Ausführlich *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 201–204; siehe auch *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 269 f. Daraus folgt zugleich, dass bei Kombination der Schadenersatzhaftung mit anderen Instrumenten, etwa einer Lenkungssteuer, durchaus beide Aktivitätsniveaus rechtlich gesteuert werden können.

⁹⁶ *Posner*, Economic Analysis of Law⁹ (2014), S. 206 f.

⁹⁷ Ausführlich *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 363–387; *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 212–223. Kritisch zur Produkthaftung aus ökonomischer Sicht *Polinsky/Shavell*, 123 Harv. L. Rev. 1437 (2010) (deren Argumente aber vor allem für das US-Recht gelten).

⁹⁸ Siehe dazu bereits die frühere Analyse *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 208–210.

zugleich eine Einbuße auf Ebene der Gesellschaft (einen „sozialen Verlust“) repräsentieren. Im Falle der Beschädigung/Zerstörung physischer Güter besteht insoweit ein Gleichlauf, weil es zu Ressourcenschäden kommt und niemand mehr die entsprechende Sache nutzen kann, während bei einer bloß vermögensmäßigen Schädigung die Möglichkeit besteht, dass das betreffende Vermögen auf Ebene der Gesamtgesellschaft noch vorhanden und lediglich an andere Personen gelangt ist.⁹⁹ In diesem Fall spricht man von einem Umverteilungsschaden, dessen Ersatz zu einer Überabschreckung sozial gewünschter Aktivität führen würde.¹⁰⁰ Gerade im Bereich der Haftung für Verstöße gegen Marktordnungsnormen lassen sich unterschiedliche Schadenspositionen identifizieren, die aus Sicht der normativen ökonomischen Analyse des Rechts nur teilweise für die Bestimmung der sozial optimalen Sorgfaltsanforderungen zugrunde gelegt werden sollten.¹⁰¹

Derartige Begrenzungen gelten nicht im Bereich der vertraglichen Haftung für Vermögensschäden des anderen Teils, denn hier kann der potentiell Haftpflichtige die Kosten der erwarteten Haftung über den Preis auf seinen Vertragspartner überwälzen,¹⁰² so dass sich im Marktgleichgewicht ein für beide Seiten optimales Niveau an vertraglich determinierter Sorgfalt und entsprechender Haftung herausbilden sollte. Dies gilt nicht nur für die Bestimmung des Sorgfaltsniveaus im Rahmen von Verträgen, deren Schlechterfüllung reine Vermögensschäden verursacht (paradigmatisch sind insoweit Auskunfts- oder Beratungsverträge), sondern – wie bereits unter dem Schlagwort der Produkthaftung angesprochen – auch für Verträge über die Herstellung von Gegenständen.

Im Fokus der ökonomischen Analyse der Vertragshaftung steht die Frage, wann ein Vertrag aus gesamtgesellschaftlicher Sicht durchgeführt werden sollte und wann es effizienter ist, wenn der Verpflichtete die vertragliche Primärleistungspflicht bricht und stattdessen Schadensersatz bezahlt. Diese Abgrenzung, die alleine auf normativen Kriterien beruht und deshalb die Frage betrifft, welches Regulierungsziel das Vertragsrecht verfolgen sollte, soll an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden.¹⁰³ Vorliegend geht es nur darum, die Funktionsweise der Schadensersatzpflicht als Regulierungsinstrument zu analysieren. Im Zusammenhang mit der vertraglichen Schadensersatzhaftung für andere Pflichtverlet-

⁹⁹ Grundlegend *Bishop*, Oxford J. L. Stud. 2 (1982), 1 ff.

¹⁰⁰ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 329 f.

¹⁰¹ *Franck*, Marktordnung durch Haftung (2016), S. 116–129 unterscheidet zwischen (1) Nachteilen bei Marktteilnehmern, die Ausdruck eines sozialen Schadens (Ressourcenschadens) sind; (2) Nachteilen bei Marktteilnehmern, die Ausdruck eines (Netto-)Transfers zum Normverletzer sind; (3) Nachteilen bei Marktteilnehmern, die Ausdruck einer Umverteilung zu sonstigen Marktakteuren sind; und (4) Vorteilen beim Normverletzer, die Ausdruck eines Effizienzgewinns sind. Für eine optimale Präventionswirkung soll der ersatzfähige Schaden lediglich aus den Positionen 1, 2 und 4 bestehen; vgl. ebd., S. 128 f.

¹⁰² Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 585.

¹⁰³ Ausführlich dazu *Hermalin/Katz/Craswell*, in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics* (2007), Bd. I, S. 3, 102–114; *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 129–136; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012), S. 497–499; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 304–314.

zungen als eine unsorgfältige Erbringung der Hauptleistung spielt in der ökonomischen Analyse das Sorgfaltsniveau keine Rolle. Es wird vielmehr lediglich ein Kostenvergleich zwischen den Kosten der Vertragserfüllung und der Höhe des Schadensersatzes angestellt.

Die Ansätze der ökonomischen Analyse zum Einsatz des Schadensersatzrechts als Regulierungsinstrument beruhen sowohl auf anspruchsvollen tatsächlichen Prämissen als auch auf spezifischen normativen Grundannahmen.

Im Bereich der tatsächlichen Prämissen setzt das Modell der ökonomischen Analyse des Rechts insbesondere die Kenntnis bestimmter Informationen durch die Regulierungsadressaten und ggf. durch die Gerichte voraus. Dies zeigt sich anhand der Rechengröße des zu erwartenden Schadens. Wie bereits erläutert, handelt es sich um das Produkt von Schadenshöhe und Eintrittswahrscheinlichkeit. Um die eigenen Sorgfaltsaufwendungen ins Verhältnis zu dem zu erwartenden Schaden setzen zu können, muss der Schädiger also wissen, welche Höhe ein möglicher Schaden aufweisen würde und wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass sich dieser Schaden realisiert. Da in der Realität meistens unterschiedliche Schäden mit unterschiedlicher Wahrscheinlichkeit drohen, müssen alle alternativ möglichen Szenarien analysiert, mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit versehen und die zu erwartenden Schäden addiert werden. Während angenommen wird, dass bei der Gefährdungshaftung der rational handelnde potentielle Schädiger diese Kalkulation durchführt, muss sie bei der Fahrlässigkeitshaftung autoritativ durch den Richter vorgenommen werden. Damit die Fahrlässigkeitshaftung eine Steuerungswirkung entfalten kann, muss aber auch hier der potentielle Schädiger ex ante selbst eine entsprechende Kalkulation vornehmen.¹⁰⁴

Selbst wenn man Menschen ein derart rationales Verhalten unterstellt,¹⁰⁵ fehlen in vielen Lebenssituationen die notwendigen Informationen, um den zu erwartenden Schaden berechnen zu können. Ein Alltagsbeispiel kann dies verdeutlichen: Angenommen, jemand fährt mit dem Auto auf einer engen Bergstraße bei Nebel. Würde er bis zu einem bestimmten Zeitpunkt sein Ziel erreichen, könnte er dadurch einen wirtschaftlichen Nachteil in Höhe von 100 € (z.B. Umbuchungsgebühren für einen verpassten Flug) vermeiden, müsste dazu aber durchschnittlich 10 km/h schneller fahren als bislang. Nach dem Kriterium der optimalen Sorgfalt sollte er dann 10 km/h schneller fahren, wenn die zu erwartenden

¹⁰⁴ Zu dem Problem eines Auseinanderfallens der Kalkulationen des potentiellen Schädigers und des Gerichts siehe *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 224–229.

¹⁰⁵ Demgegenüber weist die Forschungsrichtung der behavioral law and economics auf allfällige Irrationalitäten im menschlichen Verhalten hin; siehe dazu einführend *Jolls/Sunstein/Thaler*, 50 *Stan. L. Rev.* 1471 (1998). Besonders wichtig im vorliegenden Zusammenhang ist die Tendenz vieler Menschen, hinsichtlich ihrer eigenen Fähigkeiten überoptimistisch zu sein, also etwa die eigenen Möglichkeiten, ein bestimmtes Risiko zu beherrschen (als eine Komponente der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts) systematisch zu überschätzen; vgl. *Englerth*, in: *Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten* (2007), S. 60, 95 f.

Schäden niedriger als 100 € sind, andernfalls sollte er langsam weiter fahren.¹⁰⁶ Um die Höhe der zu erwartenden Schäden berechnen zu können, muss der Fahrer wissen, wie wahrscheinlich es ist, dass ihm ein Kleinwagen, eine Limousine oder ein LKW mit wertvoller Ladung entgegen kommt,¹⁰⁷ mit welcher jeweiligen höheren Wahrscheinlichkeit bei erhöhtem Tempo im Vergleich zur langsamen Fahrt ein Unfall droht und wie hoch der jeweilige Schaden wäre. In der Realität fehlt es selbst an Näherungswerten, mit denen diese Faktoren eingeschätzt werden könnten, so dass sich der zu erwartende Schaden praktisch nicht bestimmen oder schätzen lässt. Das Beispiel zeigt, dass die Steuerung menschlichen Verhaltens durch das Kriterium der optimalen Sorgfalt in den meisten Alltagssituationen aufgrund erheblicher Informationsdefizite nicht operationalisierbar ist.

Etwas anderes gilt in solchen Lebensbereichen, in denen ein und derselbe Handelnde stets das gleiche Risiko verursacht, so dass er typische Schadenshöhen und Wahrscheinlichkeiten statistisch erheben kann. Dies trifft etwa auf die Herstellung von Massenprodukten zu. Ein anschauliches Beispiel ist der Mineralwasserflaschen-Fall des BGH, in dem ein Mädchen durch die Explosion einer fehlerhaften Mineralwasserflasche schwer verletzt wurde.¹⁰⁸ Es ist für Befüller von Mineralwasserflaschen ohne weiteres möglich, die Häufigkeit solcher Explosionen und die Höhe der dabei typischerweise auftretenden (materiellen) Schäden zu ermitteln. Der so bestimmte zu erwartende Schaden kann dann als Grundlage dienen, um zu berechnen, ob die Kosten für eine bestimmte technische Verbesserung höher sind als die dadurch zu erwartende Reduzierung der Schadenshäufigkeit oder -schwere.¹⁰⁹

Die bisherige Analyse legt nahe, dass das ökonomische Modell der Schadenshaftung für die rechtliche Analyse nur dann zugrunde gelegt werden kann, wenn der regulierte Lebensbereich die Voraussetzungen erfüllt, dass der Regulierungsadressat die zu erwartenden Schäden kalkulieren kann. Andernfalls muss

¹⁰⁶ Der Umstand, dass die erforderliche Sorgfalt von den individuellen Kosten des potentiellen Schädigers abhängen, die regelmäßig eine Funktion seines Vermögens oder Einkommens sind (kostet die Sorgfaltsaufwendung etwa eine Stunde Arbeitszeit, so hängt ihre Optimalität davon ab, ob das Stundeneinkommen des betreffenden potentiellen Schädigers höher oder niedriger als der erwartete Schaden ist), wird in der ökonomischen Analyse explizit anerkannt; vgl. *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 676 (1994). In der Konsequenz ist eine Haftung von Menschen mit geringem Einkommen häufiger sozial optimal als eine solche von Spitzenverdienern, obwohl beiden derselbe Vorwurf (nicht eine Stunde ihrer Zeit aufgewendet zu haben) gemacht wird. Die darin liegende Umverteilung „von unten nach oben“ wird, soweit ersichtlich, in der ökonomischen Analyse nicht diskutiert.

¹⁰⁷ Der Einfachheit halber werden an dieser Stelle Personenschäden aus der Betrachtung ausgeschlossen. Zur Schwierigkeit, immaterielle Schäden in die Berechnung des zu erwartenden Schadens einzubeziehen, siehe sogleich im folgenden Haupttext.

¹⁰⁸ BGHZ 129, 353.

¹⁰⁹ Dies setzt allerdings auch Informationen darüber voraus, wie hoch die zu erwartenden Schäden nach Implementierung der technischen Verbesserung sein werden; dies muss wiederum geschätzt werden, wobei eine solche Schätzung bei sehr spezifischen Risiken und umfangreicher praktischer Erfahrung möglich sein sollte.

der einzuhaltende Verhaltensstandard durch den Gesetzgeber (z. B. als öffentlich-rechtliche Geschwindigkeitsbegrenzung) oder die Gerichte (z. B. als Mindestkontrollpflichten für die Hersteller gefährlicher Produkte) in Form absoluter Verhaltensanforderungen festgelegt werden.

Aber selbst in solchen regulierten Lebensbereichen, in denen eine relative Bestimmung der optimalen Sorgfalt anhand der zu erwartenden Schäden grundsätzlich möglich wäre, stellt sich die Frage, ob dies mit den Wertungen der Rechtsordnung vereinbar ist. Denn der Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts zielt nicht darauf ab, Schäden unter allen Umständen zu verhindern, sondern schlägt ein Kriterium dafür vor, welche Schäden bzw. welches Ausmaß an Schäden für die Gesellschaft akzeptabel sein sollte. Grundlage dieses Kriteriums ist das ökonomische Effizienzziel in Form des *Kaldor-Hicks*-Kriteriums.¹¹⁰ Demnach müssen potentielle Opfer akzeptieren, geschädigt zu werden, wenn die zur Vermeidung dieser Schäden insgesamt erforderlichen Kosten das Ausmaß der Schäden übersteigen würde. Das bedeutet nicht, dass die Opfer auf sich alleine gestellt wären, vielmehr wird die Möglichkeit einer Unfallversicherung bzw. des Ersatzes von Schäden durch die Sozialversicherung ausdrücklich in die Analyse einbezogen.¹¹¹ Trotzdem ist dies eine weitreichende Wertungsfrage, die nicht zwingend im Sinne des Effizienzkriteriums entschieden werden muss. So kann der Gesetzgeber etwa einen Standard festlegen, der Maßnahmen zur Schadensvermeidung auch dann verlangt, wenn deren Grenzkosten die Reduzierung der zu erwartenden Schäden übersteigen, etwa weil bestimmte Rechtsgüter für so wichtig erachtet werden, dass sie auch unter Inkaufnahme volkswirtschaftlicher Verluste geschützt werden sollen. Es muss also jeweils untersucht werden, ob das Gesetz in einem regulierten Lebensbereich durch Anwendung des Kriteriums der optimalen Sorgfalt konkretisiert werden darf oder ob ein anderer Maßstab anzulegen ist.¹¹² Eng damit verwandt ist das Problem, dass nach dem Modell der optimalen Sorgfalt die Berücksichtigung immaterieller Schäden zwar nicht ausgeschlossen,¹¹³ aber nur dann möglich ist, wenn diese in Geld umgerechnet werden, um Gegenstand der Kalkulation sein zu können. Eine solche Umrechnung beinhaltet ebenfalls eine erhebliche Wer-

¹¹⁰ Siehe dazu bereits oben S. 34 mit Fn. 134.

¹¹¹ Vgl. *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 261–267.

¹¹² Im Bereich der Marktregulierung, in dem es allein um die Vermeidung finanzieller Schäden geht, sind gegen das Kriterium der Vermeidungskosten als normativer Maßstab grundsätzlich keine Einwände zu erheben. Hier stellt sich vielmehr die Frage, ob die Rechtsordnung tatsächlich bestimmte Schäden – insbesondere Umverteilungsschäden (vgl. oben S. 466, Fn. 101) – von der Ersatzfähigkeit ausnimmt oder ausnehmen sollte; krit. dazu bereits *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 140–143 (zur Kapitalmarkthaftung am Sekundärmarkt). Siehe auch *de Geest*, Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality (2014), S. 20, der aus ökonomischer Sicht solche Umverteilung einbeziehen möchte, die Ergebnis einer ökonomischen Rente ist.

¹¹³ Dies betont *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 242 f.

tungsentscheidung, selbst wenn teils vorgeschlagen wird, Anleihen bei Markttransaktionen zu machen.¹¹⁴

Es zeigt sich also, dass wesentliche Elemente des ökonomischen Modells einer Steuerung durch Schadensersatzhaftung von normativen Grundannahmen geprägt sind, die dem Gesetz nicht ohne weitere Prüfung unterstellt werden dürfen. Diese Fragen betreffen aber letztlich das Regulierungsziel und weniger die Eigenschaften der Schadensersatzhaftung als Regulierungsinstrument. Selbstverständlich kann dieses auch zur Verfolgung anderer Ziele als der ökonomischen Effizienz verwendet werden, wenn der relevante Sorgfaltsmaßstab anders bestimmt wird. Aus der vorstehenden Analyse ergibt sich aber, dass für den Regulierungsadressaten als Voraussetzung der Regulierungswirkung eindeutig erkennbar sein muss, welche Verhaltensanforderung das Recht in der konkreten Situation an ihn stellt. Dazu eignen sich absolute Maßstäbe im Zweifel besser als relative, die auf eine Berechnung der Vor- und Nachteile durch den Handelnden angewiesen sind. Darüber hinaus zeigt die ökonomische Analyse des Schadensersatzrechts aber auch, dass – falls der Regulierungsadressat tatsächlich eine Kalkulation vornimmt – mittels einer Gefährdungshaftung nicht nur das Verhalten des Regulierungsadressaten in einem konkreten Fall, sondern auch das Ausmaß beeinflusst werden kann, in dem dieser eine gefahrenträchtigen Tätigkeit überhaupt ausübt. Eine solche Steuerung des Aktivitätsniveaus ermöglichen die zuvor betrachteten Regulierungsinstrumente dagegen nicht.

cc. Herausgabepflicht

Das Regulierungsinstrument des Schadensersatzes kann nur in solchen Konstellationen eine präventive Steuerungswirkung entfalten, in denen bei einem Normverstoß einem Dritten tatsächlich ein Schaden entsteht, der in Geld zu beziffern ist. Kommt es dagegen durch einen Rechtsverstoß lediglich zu einer Bereicherung des Regulierungsadressaten, ohne dass dem ein (direkter) Vermögensnachteil Dritter korrespondiert, kann von einer Schadensersatzpflicht keine präventive Steuerungswirkung ausgehen. In diesen Fällen ist zur Abschreckung des Regulierungsadressaten eine Pflicht zur Herausgabe des rechtswidrig erlangten Vorteils erforderlich.¹¹⁵ Derartige Herausgabepflichten können sich insbesondere aus §§ 667 Var. 2, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 816 BGB, § 384 Abs. 2 Halbs. 2 Var. 2 HGB ergeben. Grundlage dieser Pflichten kann insbesondere ein Vertragsverhältnis, aber auch ein rechtswidriger Eingriff in fremde Rechte oder eine angemessene Eigen Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 BGB) sein. Beispiele sind die Herausgabepflicht von Banken oder Vermögensberatern, die so genannte „Kick-Backs“ erhalten, d. h. Zahlungen etwa von Emittenten dafür, dass sie dem Kunden den Kauf der

¹¹⁴ Siehe Cooter/Ulen, *Law & Economics*⁶ (2012), S. 255 f. zu verschiedenen Möglichkeiten, den Wert eines Menschenlebens anhand von Marktmaßstäben zu kalkulieren.

¹¹⁵ Köndgen, *RabelsZ* 64 (2000), 661, 681–689 will die Gewinnabschöpfung auf Vorsatztatzen begrenzen.

entsprechenden Anlagen empfehlen,¹¹⁶ oder auch der Herausgabeanspruch desjenigen, dessen Name unbefugt zu Werbezwecken eingesetzt wurde.¹¹⁷ Das Strafrecht enthält mit Verfall und Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB Regelungen, die eine ähnliche Wirkung entfalten. Im US-amerikanischen Kapitalmarktrecht verpflichtet sec. 16(b) Securities Exchange Act 1934¹¹⁸ die Mitglieder des Managements eines Emittenten, Gewinne aus Aktiengeschäften, die in einer Zeitspanne von weniger als sechs Monaten angefallen sind, an den Emittenten herauszugeben, um damit Insiderhandel vorzubeugen.¹¹⁹ Im deutschen Kartellrecht kann gemäß §§ 34, 34a GWB der Vorteil aus einem Verstoß gegen deutsches oder europäisches Wettbewerbsrecht abgeschöpft werden, soweit dies nicht bereits durch Schadensersatzleistungen, Geldbußen, Verfall oder Rückerstattung geschieht.

Herausgabepflichten stellen aus Sicht des Regulierungsadressaten eine Sanktion dar, wenn sie ihm den Gewinn aus einer (zumeist, aber nicht notwendigerweise rechtswidrigen) Tätigkeit nehmen.¹²⁰ Kommt in einem konkreten Fall ein Gewinn des Schädigers mit einem Schaden zusammen, der nicht lediglich die Kehrseite des Schädigergewinns ist, bedarf es zur wirksamen Prävention einer Kombination von Schadensersatz- und Herausgabepflicht.

Herausgabepflichten können allerdings nur dann eine Regulierungswirkung entfalten, wenn entweder der Rechtsverstoß offensichtlich ist oder auf andere Art und Weise sichergestellt wird, dass der Berechtigte von seinem Anspruch erfährt. Letzteres kann insbesondere durch Aufklärungspflichten sichergestellt werden, deren Verletzung eigene Schadensersatzansprüche auslöst.¹²¹ Existiert kein eindeutig bestimmbarer Berechtigter, bedarf es einer öffentlich-rechtlichen Durchsetzung der Herausgabepflicht, um die Steuerungswirkung sicherzustellen.

dd. Geldbuße und Strafen

Die Funktionsweise einer Geldbuße oder Geldstrafe als Regulierungsinstrument gleicht auf den ersten Blick dem Schadensersatz. An die Vornahme einer unerwünschten Handlung wird eine Geldleistungspflicht geknüpft. Deshalb behandelt die ökonomische Analyse des Rechts Geldstrafen analog zu Preisen für die Vornahme der verbotenen Handlung, wobei der „Preis“ – die zu erwartende Sanktion – sich aus der Höhe der Strafe multipliziert mit der Verurteilungswahrscheinlichkeit ergibt.¹²² Aus dieser Sicht setzt die Androhung einer Geldstrafe auf

¹¹⁶ Siehe dazu *Kumpan*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Hopt (2008), S. 33 ff.; *Rothenhöfer*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Hopt (2008), S. 55, 78–83.

¹¹⁷ Siehe z.B. BGHZ 81, 75.

¹¹⁸ 15 U.S.C. § 78p(b) (2014).

¹¹⁹ Siehe dazu *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 100 f.

¹²⁰ Vgl. *Rusch*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten (2003), S. 249–252 (im Zusammenhang mit der Prävention von Interessenkonflikten). Siehe auch aus ökonomischer Sicht *Bar-Gill/Porat*, 16 Am. L. & Econ. Rev. 86 (2014).

¹²¹ Siehe z.B. BGHZ 170, 226; 193, 159.

¹²² Grundlegend dazu *Becker*, 76 J. Pol. Econ. 169 (1968). Für eine Analyse des Unterschieds

ein ökonomisches Kalkül auf Seiten des Regulierungsadressaten: Es wird unterstellt, dass dieser seinen Nutzen aus der Straftat mit der zu erwartenden Sanktion vergleicht, so dass die Aufgabe der regulierenden Instanz darin besteht, die zu erwartende Sanktion höher als den Nutzen aus der Tat anzusetzen. Da es allein auf die zu erwartende Sanktion und nicht auf die tatsächliche Strafe ankommt, kann eine geringere Verurteilungswahrscheinlichkeit durch eine höhere Strafan drohung ausgeglichen werden. Maßstab der Abschreckung sollte aus wohlfahrts-ökonomischer Sicht der zu erwartende soziale Schaden sein.¹²³ Aus Sicht der ökonomischen Analyse ist die optimale Geldstrafe deshalb das Produkt von drohendem sozialen Schaden und Kehrwert der Verurteilungswahrscheinlichkeit.¹²⁴ Da beide Faktoren ihrerseits erst errechnet werden müssen, verlangt das Modell ein erhebliches Wissen auf Seiten der regulierenden Instanz bzw. des Strafgerichts und setzt auch auf Seiten des potentiellen Täters eine entsprechende Kalkulation voraus. Im Vergleich zu Gefängnisstrafen sollten Geldstrafen aus Sicht der ökonomischen Analyse (wegen der geringeren Rechtsdurchsetzungskosten) den Regelfall bilden. Gefängnisstrafen sind in diesem Modell nur dann notwendig, wenn es darum geht, Täter abzuschrecken, die nicht über genügend finanzielle Kapazität verfügen, um durch eine Geldstrafe abgeschreckt zu werden, die eine hohe Wahrscheinlichkeit sehen, nicht verurteilt zu werden bzw. die enorme Gewinne aus einer Straftat ziehen oder einen besonders hohen Schaden verursachen.¹²⁵

Eine solche, rein auf die finanziellen Anreize und ihre Grenzen ausgerichtete Betrachtung, wird aber der realen Wirkungsweise von Geldbußen, Geldstrafen und Freiheitsstrafen nicht gerecht. Während die rein finanzielle Sichtweise bei durch Verwaltungsbehörden verhängten Geldbußen durchaus ihre Berechtigung hat, sind Kriminalstrafen – seien es Geld- oder Freiheitsstrafen – durch ein zusätzliches Element sozialer Stigmatisierung gekennzeichnet.¹²⁶ Dieser Effekt kann nicht nur zu konkreten Folgesanktionen führen, etwa dem Verlust des Arbeitsplatzes¹²⁷ oder einer Verschlechterung der Chancen, einen neuen Arbeits-

zwischen Preisen und Sanktionen aus ökonomischer Sicht siehe *Cooter*, 84 Colum. L. Rev. 1523 (1984).

¹²³ Daraus folgt, dass immer dann, wenn die Tat einen den Schaden übersteigenden sozialen Nutzen (also nicht lediglich einen Vorteil für den Täter) hervorbringt, die Verurteilung als sozial unerwünscht gilt; vgl. *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 474. Diese Annahme dürfte mit den meisten rechtlichen Konzepten der Aufgaben des Strafrechts nicht in Einklang zu bringen sein.

¹²⁴ *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 489.

¹²⁵ *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 262; *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 510, 544–546; *ders.*, 42 Int'l Rev. L. & Econ. 13 (2015).

¹²⁶ Siehe dazu aus kriminologischer Sicht *Meier*, in: *Internationales Handbuch der Kriminologie*, Bd. I (2007), S. 971, 996–999 (dort auch ausführlich zum Zusammenspiel von Strafbarkeit und sozialer Bewertung der Tat). Aus ökonomischer Sicht *Posner*, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 261, 263; *Svatikova*, *Economic Criteria for Criminalization: Why Do We Need the Criminal Law?* (2009), S. 18–20.

¹²⁷ Zur außerordentlichen Kündigung wegen einer schweren Straftat siehe BAG NZA 2000, 1282.

platz zu finden, sondern vor allem ist mit einer strafrechtlichen Verurteilung regelmäßig eine erhebliche gesellschaftliche Missbilligung verbunden, die sich in einer Vielzahl sozialer Beziehungen bemerkbar machen kann.¹²⁸ Die Gesellschaft leitet aus der Einordnung einer Handlung als Straftat ein erhebliches soziales Unwerturteil ab bzw. fordert die Kriminalisierung solcher Handlungen, die als ächtenswert angesehen werden.¹²⁹ Deshalb können Geldstrafen in ihrer Wirkung nicht einfach mit Geldbußen oder Schadensersatzzahlungen gleichgesetzt werden. Es macht im sozialen Leben einen erheblichen Unterschied, ob jemand von einem Zivilgericht verurteilt wird, den Betrag X als Schadensersatz zu bezahlen oder ob er zu einer Geldstrafe in entsprechender Höhe verurteilt wird. Aus diesem Grund dürfte für den Durchschnittsbürger eine kalkulatorische Abschreckungswirkung bereits bei einer zu erwartenden Geldstrafe erreicht sein, die niedriger ist, als der möglicherweise durch eine Tat zu erwartende Gewinn.

Im Vergleich zu Schadensersatzpflichten oder reinen Geldbußen geht von strafrechtlichen Verurteilungen daher ein erheblicher Abschreckungseffekt aus, der für eine Regulierungswirkung genutzt werden kann. Da vor diesem Hintergrund bereits die Gefahr einer strafrechtlichen Verurteilung eine besondere Abschreckungswirkung entfaltet, ist es (auch) aus Gründen der Regulierungswirkung wünschenswert, dass Straftatbestände so eindeutig gefasst sind, dass der Regulierungsadressat den Verhaltensbefehl klar erkennen kann.¹³⁰ Andernfalls drohen erhebliche Aufwendungen, um das Risiko einer falschen Verurteilung zu minimieren.¹³¹ Neben dem Abschreckungseffekt kann die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe (bzw. die Anordnung von Sicherungsverwahrung) aus Regulierungssicht in bestimmten Fällen auch dazu dienen, notorisch Kriminellen die faktische Möglichkeit zu nehmen, weitere Straftaten zu begehen. Letzteres kann im Bereich der Wirtschaftskriminalität auch durch Berufs- oder Tätigkeitsverbote erreicht werden. Von derartigen Tätigkeitsverboten geht wiederum eine erhebliche präventive Regulierungswirkung aus.¹³² Eine ähnliche Wirkungsweise entfalten „Nebenstrafen“ wie ein Fahrverbot gemäß § 44 StGB oder die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß §§ 69 ff. StGB.¹³³

Damit kommt den strafrechtlichen Sanktionen im Rahmen der vergleichenden Betrachtung von Regulierungsinstrumenten eine besondere Stellung zu. Soweit es darum geht, eine sehr starke Abschreckungswirkung zu erzielen oder Regu-

¹²⁸ So zeigen empirische Untersuchungen, dass insbesondere die erwartete Reaktion von Freunden, Bekannten und der Mutter als abschreckende Faktoren wirken; vgl. *Meier*, in: Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. I (2007), S. 971, 997.

¹²⁹ Ein aktuelles Beispiel ist die Debatte über einen „Cybermobbing-Tatbestand“; siehe *Cornelius*, ZRP 2014, 164 ff.

¹³⁰ Siehe dazu bereits *Hellgardt*, in: Ringe/P. M. Huber (Hrsg.), Legal Challenges in the Global Financial Crisis (2014), S. 157, 166.

¹³¹ Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law⁹ (2014), S. 260.

¹³² Dazu z.B. *Steffek*, ZRP 2007, 228, 230.

¹³³ Siehe etwa *Ebner*, NZV 2014, 391 ff. zum Einsatz von Fahrverbot und Entziehung der Fahrerlaubnis in Steuerstrafsachen.

lierungsadressaten im Einzelfall jede Möglichkeit zu einem schädlichen Tun zu nehmen, kann dies nur mittels strafrechtlicher Regulierungsinstrumente erreicht werden. Damit diese eine praktische Wirksamkeit erlangen, ist allerdings eine effektive Strafverfolgung notwendig, wodurch erhebliche Kosten entstehen.¹³⁴

d. Lenkungssteuern und Subventionen

Während bislang Regulierungsinstrumente betrachtet wurden, welche die Regulierungswirkung zum Gegenstand des Normbefehls machen, verändern Lenkungssteuern und Subventionen lediglich die wirtschaftlichen Anreize des Regulierungsadressaten, ohne das regulierungszielkonforme Verhalten als solches rechtlich zu erzwingen.¹³⁵

Der Einsatz von Steuern zur Verhaltenssteuerung wird bereits seit langem in der Ökonomik diskutiert. Grundlegend ist die Analyse von *Arthur Pigou*,¹³⁶ in Ahnlehung an den Lenkungssteuern in der ökonomischen Diskussion auch als „Pigou-Steuer“ (engl.: Pigouvian tax) bezeichnet werden. Die Idee ist, dass es viele Fälle gibt, in denen der soziale Nutzen und der private Nutzen einer Tätigkeit auseinanderfallen. Während sie für den Handelnden vorteilhaft ist, entstehen dadurch negative Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte („negative Externalitäten“), die der Handelnde nicht in seine Abwägung, ob er die Tätigkeit ausführen soll, einbezieht. Werden dem Handelnden dagegen die Kosten der negativen Auswirkungen in Form einer Steuer auferlegt, wird er die Aktivität lediglich in dem Umfang ausüben, der ihm trotz der Steuerbelastung noch einen Nutzen bringt. Im Ergebnis funktioniert eine solche Lenkungssteuer ganz ähnlich wie die oben beschriebene Gefährdungshaftung im Modell der ökonomischen Analyse des Rechts, mit dem wichtigen Unterschied, dass bei der Lenkungssteuer der Staat die Höhe der Zahlungspflicht einseitig festlegt, während bei der Gefährdungshaftung der Handelnde die trotz der getroffenen Vorkehrungen tatsächlich auftretenden Schäden zu begleichen hat.¹³⁷ In der Praxis bietet sich der Einsatz einer Lenkungssteuer deshalb insbesondere dann an, wenn es eine Vielzahl von Geschädigten gibt, so dass die Abwicklung der Gefährdungshaftung unpraktikabel wäre, wie dies insbesondere bei Umweltverschmutzungen der Fall ist. Das Gegenstück zur Lenkungssteuer bilden

¹³⁴ Dazu unten S. 577.

¹³⁵ Vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S.Ct. 2566, 2594 (U.S. 2012): „[T]he mandate is not a legal command to buy insurance. Rather, it makes going without insurance just another thing the Government taxes, like buying gasoline or earning income.“

¹³⁶ Siehe *Pigou, The Economics of Welfare*⁴ (1932), S. 192–195 und passim. Einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung der Pigou-Steuer stellt auch der Beitrag von *Baumol*, 62 AER 307 (1972) dar. Aus rechtlicher Sicht siehe insbesondere *Ogus*, MLR 61 (1998), 767 ff.

¹³⁷ Für einen umfassenden Vergleich von Lenkungssteuer und Gefährdungshaftung siehe *Shavell*, 54 J. L. & Econ. S249 (2011); *ders.*, 101 AER 273 (2011); *White / Wittman*, 12 J. Leg. Stud. 413 (1983).

staatliche Subventionen. Diese können in dem spiegelbildlichen Fall eingesetzt werden, in welchem eine Tätigkeit, die positive Auswirkungen auf Dritte („positive Externalitäten“) entfaltet, die dem Handelnden aber wirtschaftlich nicht zugutekommen (die er insbesondere einem direkten Vertragspartner, in dessen Auftrag er handelt, nicht in Rechnung stellen kann), ohne staatliche Unterstützung in zu geringem Umfang ausgeführt würde. Hier können staatliche Subventionen Anreize setzen, die Tätigkeit im sozial erwünschten Umfang vorzunehmen.

In dem skizzierten ökonomischen Modell bildet wiederum die soziale Wohlfahrt das Kriterium der Steuerung. In der Praxis ist der Gesetzgeber aber nicht daran gebunden, Lenkungssteuern oder Subventionen am Kriterium der sozialen Wohlfahrt auszurichten, sondern kann den Steuersatz bzw. die Förderquote auch mit Blick auf andere Zielvorstellungen festlegen. Steuern und Subventionen sind stets dann als Regulierungsinstrumente geeignet, wenn sich das Regulierungsziel darauf bezieht, eine bestimmte Tätigkeit anzuregen bzw. zu demotivieren, und sich dieses Ziel durch wenige Variablen, die leicht verifizierbar sind, beschreiben lässt. Beispiele sind die Reduzierung des Ausstoßes einer bestimmten umweltschädlichen Substanz, die Schaffung zusätzlicher Kindergartenplätze oder der Bau von zusätzlichen Wohnungen in unterentwickelten Regionen.¹³⁸ Geht es dagegen darum, einen Lebensbereich zu regulieren, in dem das Verhalten der Regulierungsadressaten durch eine Vielzahl von Faktoren bestimmt wird, besteht die Gefahr, dass Lenkungssteuer oder Subvention das Steuerungsziel verfehlen, weil sie nicht sämtliche dieser Faktoren beeinflussen.¹³⁹ Dann kann es den Regulierungsadressaten gelingen, ihre Steuerlast zu minimieren bzw. die erhaltenen Subventionen zu maximieren, ohne dass das Regulierungsziel erreicht wird. Ein klassisches Beispiel für einen solchen Fehlschlag ist der Versuch des US-Gesetzgebers, mittels einer Beschränkung der Abzugsfähigkeit der Festgehälter von Managern auf 1 Mio. Dollar den Anstieg der Managergehälter zu begrenzen. Die Regelung führte zu einer enormen Ausweitung von Aktienoptionsprogrammen und anderen erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteilen und bewirkte im Ergebnis einen drastischen Anstieg der tatsächlichen Gehälter.¹⁴⁰ Darüber hinaus lässt sich durch Lenkungssteuern und Subventionen lediglich der Trend für oder gegen eine bestimmte Tätigkeit beeinflussen, nicht dagegen der Umfang, in dem die Regulierungsadressaten auf die so gesetzten Anreize reagieren. So führten etwa in den 1990er Jahren die steuerlichen Sonderabschreibungen für den Wohnungsbau in den neuen Bundesländern

¹³⁸ Zur Frage, wann Steuern, wann Subventionen eingesetzt werden sollten, siehe *Galle*, 64 Stan. L. Rev. 797 (2012); *de Geest / Dari-Mattiacci*, 80 U. Chi. L. Rev. 341 (2013); *Schmolke*, JZ 2015, 121 ff.

¹³⁹ *Shavell*, 54 J. L. & Econ. S249, S255 f. (2011); *Sacksosfsky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 40 Rn. 105.

¹⁴⁰ Siehe dazu *Fleischer / Hupka*, DB 2010, 601, 605; *Schön*, in: ders. (Hrsg.), Tax and Corporate Governance (2008), S. 31, 59.

zu einem Bauboom, der zu enormen Überkapazitäten und erheblichen Fehlallokationen von Kapital führte.¹⁴¹

Solche Fehlschläge ließen sich theoretisch vermeiden, wenn der Gesetzgeber die Bemessungsgrundlage und den Steuer-/Fördersatz so festsetzen würde, dass die wirtschaftlichen Anreize nur im Umfang des angestrebten Regulierungsziels entstehen. Das Hauptproblem von Lenkungssteuern und Subvention besteht aber genau darin, dass der Gesetzgeber, um den Lenkungseffekt richtig kalibrieren zu können, viele Informationen über das Ausmaß der drohenden negativen Effekte und die Grenzkosten der handelnden Personen benötigt, die ihm im Regelfall nicht zur Verfügung stehen.¹⁴² Dadurch droht nicht nur eine Verfehlung des Regulierungsziels, vielmehr kann es durch übermäßige Subventionen oder Steuerausfälle auch zu Belastungen für die öffentlichen Haushalte kommen.¹⁴³

Diese Probleme werden größtenteils vermieden, wenn Steuern oder Subventionen nicht durch generell-abstrakte Vorgaben des Gesetzgebers implementiert werden, sondern die Verwaltung oder Gerichte zum Einsatz rein einzelfallbezogener finanzieller Belohnungen (etwa für Hinweise, die zur Ergreifung eines Straftäters führen) oder Belastungen ermächtigt werden. Im Fall einer einzelfallbezogenen finanziellen Belastung für unerwünschtes Verhalten handelt es sich im Ergebnis um eine Geldbuße.¹⁴⁴ Dagegen stellt die einzelfallbezogene Belohnung ein eigenes Steuerungsinstrument dar. Dieses lässt sich aber bereits aus budgetären Gründen nur begrenzt einsetzen und ist auf solche Lebensbereiche beschränkt, in denen die Vornahme der entsprechenden Handlung (wie bei der Belohnung für Hinweise, die zur Ergreifung eines Straftäters führen) aus verfassungsrechtlichen oder praktischen Gründen nicht zum Gegenstand einer Rechtspflicht gemacht werden kann.¹⁴⁵

¹⁴¹ Vgl. *Mäding / Mohr*, LKV 2001, 433, 436 f.

¹⁴² Siehe dazu auch *Schön*, *StuW* 2013, 289, 291.

¹⁴³ So wird geschätzt, dass durch die steuerlichen Anreize für den Wohnungsbau in Ostdeutschland steuerliche Ausfälle in Höhe von rund 27 Mrd. DM entstanden; vgl. *Kommission „Wohnungswirtschaftlicher Strukturwandel in den neuen Bundesländern“*, Bericht der Kommission (November 2000), S. 30.

¹⁴⁴ In den USA hat allerdings der U.S. Supreme Court im einem Urteil über die Verfassungsmäßigkeit einer als „Strafzahlung“ deklarierten Zahlungspflicht für solche Bürger, die keine Krankenversicherung abschließen, die Auffassung vertreten, diese Zahlung sei eine Steuer und der Unterschied zwischen einer Geldbuße und einer Steuer bestehe darin, dass im zweiten Fall die Handlung (hier: der Nichtabschluss der Krankenversicherung) legal sei, während sie im ersten Fall illegal sei (vgl. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 132 S.Ct. 2566, 2596–2598 (U.S. 2012)). Dies hat eine Debatte über die Abgrenzung von Steuern und Regulierung ausgelöst; siehe z.B. *Cushman*, 89 Notre Dame L. Rev. 133 (2013); *Kahn*, 47 U. Mich. J. L. Reform 319 (2014); *Metzger*, 126 Harv. L. Rev. 83, 104–112 (2012); Note, 127 Harv. L. Rev. 1174 (2014). Zur grundrechtlichen Eingriffswirkung von finanziellen Anreizen aus deutscher Sicht *Sacksosky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 40 Rn. 77–81a.

¹⁴⁵ Theoretisch lassen sich auch Pflicht und Belohnung kombinieren. Ökonomische Forschungsergebnisse legen aber nahe, dass die positiven Effekte einer Belohnung gemindert werden, wenn zugleich eine Pflicht vorgesehen wird; vgl. *Fehr / Schmidt*, 97 AER 177 (2007).

e. Quantitätsregulierungen und Preisregulierungen

Als letztes Beispiel einer direkten Regulierung sollen Quantitätsregulierungen analysiert werden.¹⁴⁶ Diese bilden streng genommen einen Unterfall der bereits behandelten Ge- bzw. Verbote,¹⁴⁷ weisen aber Besonderheiten auf, die eine eigene Betrachtung rechtfertigen. Von einer Quantitätsregulierung kann man sprechen, wenn die regulierende Instanz einen bestimmten Höchst- oder Mindestwert für eine Tätigkeit oder eine wirtschaftlich relevante Größe festlegt. Dabei kann es sich um absolute oder relative Grenzen handeln. Ein Beispiel für eine absolute Quantitätsregulierung ist das gesetzliche Mindestkapital für GmbHs und AGs gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG, § 7 AktG. Dagegen handelt es sich bei den Eigenkapitalvorschriften für Banken im Rahmen von Basel III gemäß Art. 92 ff. BankenaufsichtsVO (EU) 575/2013¹⁴⁸ um relative Quantitätsregulierungen, indem lediglich ein bestimmtes Verhältnis von riskanten Vermögensgegenständen und Eigenkapital verlangt, nicht aber der Gesamterwerb an Vermögensgegenständen begrenzt wird.¹⁴⁹ Darüber hinaus ist es möglich, absolute Quantitätsvorgaben übertragbar auszugestalten und einen Handel mit Berechtigungen zu ermöglichen, so z. B. bei den Emissionszertifikaten gemäß § 7 TEHG.¹⁵⁰

Durch eine Quantitätsregulierung kann – wie bei der Gefährdungshaftung und Lenkungssteuer/Subvention – das Aktivitätsniveau beeinflusst werden, indem etwa Unternehmen verpflichtet werden, nicht mehr Schadstoffe als eine bestimmte Menge innerhalb eines Zeitraumes auszustoßen. Anders als bei der Steuer oder Haftung lässt sich durch eine absolute Quantitätsregulierung nicht nur ein Trend setzen, sondern das Ausmaß abschließend festsetzen.¹⁵¹ Dabei stellt sich allerdings erneut das Problem, dass der Gesetzgeber eine Fülle von Informationen benötigt, um Grenzwerte festlegen zu können, die einerseits geeignet sind, das Regulierungsziel zu erreichen, und andererseits nicht sinnvolle wirtschaftliche Aktivität unnötig beschneiden.¹⁵² Werden absolute Quantitätsbegrenzungen mit einem Handelssystem kombiniert, kann jedenfalls das letztgenannte Risiko vermindert werden.

¹⁴⁶ Grundlegend dazu *Weitzman*, 41 Rev. Econ. Stud. 477 (1974).

¹⁴⁷ Siehe oben S. 457 ff. und S. 459 ff.

¹⁴⁸ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen, ABl. EU L 176, S. 1.

¹⁴⁹ Siehe dazu bereits *Hellgardt*, in: Ringe/P. M. Huber (Hrsg.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis* (2014), S. 157, 167 f.

¹⁵⁰ Für einen Vergleich der unterschiedlichen Systeme aus ökonomischer Sicht siehe *Fell/MacKenzie/Pizer*, 34 Resource and Energy Economics 607 (2012).

¹⁵¹ Ein Beispiel ist die Diskussion darüber, ob der Staat Banken, deren Bilanz eine gewisse Größe überschreitet, zur Entflechtung zwingen können soll; ausführlich dazu *Zimmer*, Gutachten G für den 68. DJT (2010), S. G25–G40.

¹⁵² *Kaplow/Shavell*, 4 Am. L. & Econ. Rev. 1 (2002) halten deshalb eine Lenkungssteuer (ggf. mit progressivem Tarif) für das überlegene Regulierungsinstrument.

Während die bislang betrachteten Fälle das Verhältnis Staat und Regulierungsadressat betrafen, kann Quantitätsregulierung auch im Verhältnis der Regulierungsadressaten untereinander betrieben werden, indem die Preise auf einem bestimmten Markt absoluten oder relativen Grenzen unterworfen werden. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass große Unternehmen bestimmter Branchen gesetzlich verpflichtet werden, die Entgelte für standardisierte Leistungen von einer Behörde genehmigen zu lassen (vgl. §§ 19 ff. PostG, §§ 27 ff. TKG, § 39 EnWG; siehe auch § 12 AEG), daneben können bestimmte Produkte gefördert werden, indem ihren Produzenten gesetzlich ein Mindestpreis garantiert wird, den die Erstabnehmer ihrerseits über die Abnehmerkette bis auf den Letztabnehmer abwälzen können (so etwa bei der EEG-Umlage¹⁵³), oder der Gesetzgeber kann Preiserhöhungen verbieten, die über ein bestimmtes Maß hinausgehen, so etwa bei der „Mietpreisbremse“ gemäß § 556d Abs. 1 BGB.¹⁵⁴ Während es im ersten Fall vor allem darum geht, die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, sollen im zweiten Fall bestimmte Aktivitäten wie die Erzeugung erneuerbarer Energien subventioniert werden und stehen im dritten Fall Umverteilungsziele im Vordergrund. Unabhängig davon, ob diese Ziele im Einzelfall erreicht werden, wirkt eine Preisbegrenzung im Ergebnis aber stets auch analog zu einer Quantitätsbegrenzung: Sie drosselt das Aktivitätsniveau. So setzt eine Erhöhung des Strompreises der Endkunden durch einen garantierten Abnahmepreis auf höherer Wettbewerbsstufe für den Endabnehmer Anreize, seinen Stromverbrauch zu reduzieren und eine Mietpreisbremse macht es unattraktiver, in neuen Wohnraum zu investieren (siehe aber die Ausnahmen in § 556f BGB). Dieser Effekt tritt allerdings dann nicht ein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Dienstleistungen zu Preisen weit oberhalb der Grenzkosten anbietet, denn dann kann es auch zu einem niedrigen Preis bei unveränderter Produktion noch einen Gewinn erzielen.

3. Indirekte Regulierungsinstrumente

Indirekte Regulierungsinstrumente sind solche, bei denen entweder die Gruppen der Normadressaten und der Regulierungsadressaten auseinanderfallen oder, sofern beide Gruppen identisch sind, die intendierte Regulierungswirkung von der direkten Normwirkung getrennt ist.

a. Informations- und Offenlegungspflichten

Ein wichtiges indirektes Regulierungsinstrument sind zwingende Informations- bzw. Offenlegungspflichten, wobei diese sowohl in der Konstellation auftreten, dass Normadressat und Regulierungsadressat identisch sind, als auch, dass sie auseinanderfallen. Anders gewendet: Informations- und Offenlegungspflichten

¹⁵³ Zur Funktionsweise der EEG-Umlage siehe M. Schröder, AöR 140 (2014), 89, 91.

¹⁵⁴ Siehe dazu Leuschner, NJW 2014, 1929 ff.; Schultz, ZRP 2014, 37 ff.

können einerseits darauf abzielen, das Verhalten des Normadressaten zu regulieren, andererseits können sie eingesetzt werden, um das Verhalten des Informationsempfängers zu steuern. In beiden Fällen erfordert die Regulierungswirkung eine Interaktion zwischen Normadressat und Informationsempfänger.

Ursprünglich aus dem Aktien- und Kapitalmarktrecht stammend,¹⁵⁵ gilt die Regulierung mittels gesetzlicher Offenlegungspflichten inzwischen als Standardinstrument in vielen privatrechtlichen Regelungsbereichen wie dem Verbraucherrecht, dem AGB-Recht und dem Bereich der Vertragsanbahnung insbesondere von Kaufverträgen. Aber auch im Öffentlichen Recht gibt es sowohl Informations- und Offenlegungspflichten von Privaten (zumeist Unternehmen) als auch die Steuerung durch staatliche Informationserteilung.¹⁵⁶ Zur Verbreitung von Informations- und Offenlegungspflichten als Regulierungsinstrument hat insbesondere das Unionsrecht beigetragen. Dies hängt damit zusammen, dass der EuGH Informationspflichten bereits früh als Mittel entdeckte, um informationsbedingte Handelshindernisse im Anwendungsbereich des europäischen Primärrechts zu beseitigen.¹⁵⁷ Zusätzlich setzt der Unionsrechtsgeber im Rahmen von Sekundärrechtsakten vermehrt auf Informations- und Offenlegungspflichten;¹⁵⁸ die EU-Kommission entwickelte bereits 1975 das Leitbild des „informierten Verbrauchers“.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Grundlegend für die deutsche Diskussion *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975), S. 88–132, 304–322, 413–478; siehe auch *Grundmann*, DStR 2004, 232 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität (2001); *ders.*, ECFR 2004, 3 ff. Rechtsvergleichender Vorläufer war insbesondere das US-amerikanische Kapitalmarktrecht, das seit der New-Deal-Gesetzgebung der 1930er Jahre dem „disclosure“-Ansatz folgte; siehe dazu *Hopt*, in: FS Canaris (2007), Bd. II, S. 105, 107 f.; *Merkt*, Unternehmenspublizität (2001), S. 117–119. Zu den Grenzen des Informationsmodells im Kapitalmarktrecht und zu Lösungswegen siehe *Zimmer*, JZ 2014, 714 ff.

¹⁵⁶ Letztere stellt keinen Fall von Regulierung im Sinne dieser Studie mehr dar, weil es sich nicht um Normen handelt, die Private zu einem bestimmten Verhalten bringen wollen, sondern um direkte staatliche Intervention in individuelle Entscheidungsprozesse. Deshalb wird die staatliche Informationserteilung an dieser Stelle nicht vertieft.

¹⁵⁷ Grundlegend EuGH, Urt. v. 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 664 (Rn. 13) – Rewe-Zentral (*Cassis de Dijon*-Urteil); Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459, I-1495 (Rn. 36) – Centros. *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1138 f.; *ders.*, CMLR 39 (2002), 269, 281 will aus diesen Urteilen einen allgemeinen Grundsatz ableiten, demzufolge das Primärrecht einen Vorrang von Informationspflichten vor (materiell) zwingendem Recht statuiert; krit. dazu *Schön*, in: FS Canaris (2007), Bd. I, S. 1191, 1198 f. Siehe zum Ganzen auch *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996), S. 196.

¹⁵⁸ Für einen Überblick siehe *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1139–1142; *ders.*, CMLR 39 (2002), 269, 285–291; *Rehberg*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung (2007), S. 284, 285; *Schön*, in: FS Canaris (2007), Bd. I, S. 1191, 1200–1202.

¹⁵⁹ Entschließung des Rates vom 14. April 1975 betreffend ein Erstes Programm der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. EG C 92, S. 1 mit Anhang des Programms der Kommission (S. 2 ff.); dazu *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), S. 45 f. Ausführlich zum Verbraucherleitbild auch *Franck/Purnhagen*, in: Mathis (Hrsg.), Law and Economics in Europe (2014), S. 329, 334–338.

aa. Steuerung des Informationsempfängers

Als erstes sollen Konstellationen betrachtet werden, in denen einem Privaten Informations- oder Offenlegungspflichten auferlegt werden, um damit das Verhalten des Informationsempfängers zu steuern. Derartige Pflichten kennt sowohl das Privatrecht (insbesondere die vorvertraglichen Aufklärungspflichten) als auch das Öffentliche Recht (etwa die Kennzeichnungspflichten nach der Lebensmittelinformationsverordnung (EU) Nr. 1169/2011¹⁶⁰ oder die Angaben zum Gesamtpreis gemäß § 2 PAngV). Für eine Grobeinteilung lassen sich drei Fallgruppen von Informationen unterscheiden, deren Offenlegung zur Steuerung des Verhaltens des Informationsempfängers gesetzlich angeordnet wird:

Die erste Fallgruppe betrifft Informationen bezüglich tatsächlicher Eigenschaften des Produkts oder der Dienstleistung, also etwa die Angabe bestimmter Inhaltsstoffe, oder bezüglich seines Preises bzw. der preisbildenden Faktoren (z. B. des effektiven Jahreszins¹⁶¹). Pflichten, derartige Informationen offenzulegen, können generell oder anlassbezogen statuiert werden.

Generelle Informationspflichten über tatsächliche Eigenschaften von Produkten finden sich insbesondere im Öffentlichen Recht. Dort dienen sie vielfach dazu, paternalistische Verbote zu ersetzen,¹⁶² etwa indem ein bestimmter Inhaltsstoff in einem Nahrungsmittel nicht verboten, sondern der Hersteller lediglich verpflichtet wird, auf der Packung eine Hinweis abzudrucken, so dass der Verbraucher selbst entscheiden kann, ob er das Produkt trotz des Inhaltsstoffes kaufen möchte. Aber auch Informationspflichten bezüglich „rechtlicher Produkte“, etwa Versicherungen oder Wertpapieranlagen, gehören in diesen Zusammenhang. Die Schwierigkeit derartiger Regulierung besteht darin, dass sie nur funktioniert, wenn der Informationsempfänger in der Lage ist, die Information auch tatsächlich zu verarbeiten und damit zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Fehlt es daran bzw. entstehen für den Informationsempfänger zu hohe „Informationskosten“,¹⁶³ wenn er sich die entsprechenden Kenntnisse verschaffen möchte, läuft die Regulierungswirkung leer. Um dies zu verhindern, kann die Erteilung der Information in einer Weise vorgeschrieben werden, die für den Informationsadressaten bereits eine Bewertung impliziert, an der er sich orientieren kann, so etwa in Form eines Ampelsystems oder durch eine Ordnung nach Klassen (z. B. Risikoklassen oder Energieeffizienzklassen).¹⁶⁴

¹⁶⁰ Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel, ABl. EU L 304, S. 18.

¹⁶¹ Instrukтив zu den Problemen bei langfristigen Krediten Köhler, WM 2012, 149 ff.

¹⁶² Zu den Vorteilen solcher Verbote siehe Posner, *Economic Analysis of Law*⁹ (2014), S. 502 f.

¹⁶³ Siehe dazu Schön, in: FS Canaris (2007), Bd. I, S. 1191, 1206 f.

¹⁶⁴ Ausführlich zu derartigen Möglichkeiten einer „choice architecture“ Thaler / Sunstein, Nudge (2008), S. 81–100. Zu den unterschiedlichen Stufen von „Nudges“ siehe bereits oben S. 453 f.

Anlassbezogene Informationspflichten sieht insbesondere das Privatrecht vor. Ein Beispiel ist die Pflicht des Verkäufers, den Kaufinteressenten über solche Umstände aufzuklären, die für dessen Entscheidung erkennbar von ausschlaggebender Bedeutung bzw. geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln.¹⁶⁵ Aber auch im Öffentlichen Recht existieren anlassbezogene Informationspflichten, so etwa § 31 Abs. 3 WpHG, demzufolge Wertpapierdienstleistungsunternehmen verpflichtet sind, Kunden rechtzeitig und in verständlicher Form Informationen zur Verfügung zu stellen, die angemessen sind, damit die Kunden nach vernünftigem Ermessen die Art und die Risiken der ihnen angebotenen oder von ihnen nachgefragten Arten von Finanzinstrumenten oder Wertpapierdienstleistungen verstehen und auf dieser Grundlage ihre Anlageentscheidungen treffen können. Aufgrund von anlassbezogenen Informationspflichten erhält der Informationsempfänger solche Informationen, die gerade auf seine spezifische Entscheidungssituation und seinen Kenntnishorizont zugeschnitten sind und im Zweifel daher einen höheren Informationswert haben als die zuvor behandelten generellen Informationen. Dafür entstehen durch anlassbezogene Informationspflichten sehr viel höhere Kosten auf Seiten des Normadressaten.¹⁶⁶

Ein Sonderfall in dieser Fallgruppe betrifft die Information über die dem konkreten Rechtsverhältnis zugrunde liegenden Rechtsvorschriften oder vertraglichen Regelungen. So verpflichtet z.B. § 49b Abs. 5 BRAO den Rechtsanwalt dazu, vor Übernahme des Mandats darauf hinzuweisen, dass sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten. Kapitalmarktrechtliche Regelungen verpflichten dazu, den Anleger über die Rechtsform und maßgebliche Rechtsordnung des Emittenten zu unterrichten (siehe z.B. § 5 Nr. 3 VermVerkProspV; Anhang I Punkt 5.1.4 der ProspektVO (EG) 809/2004¹⁶⁷). Teilweise besteht insoweit keine Informationspflicht, sondern eine Obliegenheit, um die entsprechende Regelung überhaupt in Kraft zu setzen, so insbesondere bei der Einbeziehung von AGB in einen Vertrag, die gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen ausdrücklichen Hinweis des Verwenders voraussetzt. Derartige Informationspflichten sollen dem Informationsempfänger helfen, sich einen Vertragspartner mit passenden Konditionen zu suchen. Dieser Ansatz verursacht freilich nicht nur hohe Suchkosten, sondern stößt insbesondere dann an Grenzen, wenn sämtliche Anbieter ähnliche Konditionen bieten¹⁶⁸ oder sonst eine faktische Notwen-

¹⁶⁵ Ausführlich dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht (2001), S. 245–250, 266–330.

¹⁶⁶ An dieser Stelle wird noch keine genauere Kostenbewertung einzelner Regulierungsinstrumente vorgenommen; siehe dazu unten S. 565 ff.

¹⁶⁷ Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung, ABl. EU L 149, S. 1 (mehrfach geändert und berichtigt).

¹⁶⁸ Siehe im Zusammenhang mit AGB *Marotta-Wurgler*, JITE 168 (2012), 94 ff.

digkeit besteht, den entsprechenden Vertrag (etwa mit einem Monopolisten) abzuschließen.¹⁶⁹

Die zweite Fallgruppe ist dem letztgenannten Fall sehr ähnlich, geht aber noch einen entscheidenden Schritt weiter. Sie umfasst Informationen über bestimmte Rechte, die dem Informationsempfänger zustehen. Der wichtigste Fall einer solchen Informationspflicht ist die Belehrung über das Verbraucherschützende Widerrufsrecht gemäß Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB. Ein weiteres Beispiel ist die Pflicht zum Hinweis auf das außerordentliche Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers bei Prämienerrhöhungen gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 VVG. Derartige Informationspflichten sind darauf ausgerichtet, den Informationsempfänger davor zu bewahren, die ihm gesetzlich zustehenden Rechte mangels Kenntnis ungenutzt zu lassen.¹⁷⁰ Damit verfolgen die Informationspflichten lediglich ein abgeleitetes Regelungsziel; sie sind darauf ausgerichtet, das primäre Recht des Informationsempfängers (sei es interessenausgleichend oder regulatorisch) zu effektuieren.

Schließlich kann man als dritte Fallgruppe solche Konstellationen zusammenfassen, in denen eine Pflicht besteht, dem anderen Teil einen Interessenkonflikt offenzulegen.¹⁷¹ Derartige Pflichten gelten insbesondere im Rahmen von Vertragsverhältnissen, in denen sich der Normadressat zur Wahrung der Interessen des Informationsberechtigten verpflichtet hat.¹⁷² Ein Beispiel ist die Offenlegungspflicht gemäß § 31d Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG, derzufolge Wertpapierdienstleistungsunternehmen Zuwendungen offenlegen müssen, die sie von Dritten erhalten oder diesen gewähren. Solche Informationspflichten versetzen den Berechtigten in die Lage, in Kenntnis aller relevanten Umstände darüber zu entscheiden, ob er dem Normadressaten einen Auftrag erteilen bzw. diesen weiterführen möchte.¹⁷³ Deshalb verfolgen solche Offenlegungspflichten häufig nicht nur ein interessenausgleichendes, sondern ein Regulierungsziel.

Eine Regulierung des Informationsempfängers mittels gesetzlicher Informations- oder Offenlegungspflichten funktioniert nur, wenn Normadressat und Informationsempfänger so interagieren, dass der Informationsempfänger die erforderlichen Informationen auch tatsächlich erhält und verarbeiten kann. So besteht insbesondere die Gefahr, dass die Veröffentlichung zu vieler Informationen dysfunktional wirkt (so genannter „information overload“).¹⁷⁴ Dem kann abgehol-

¹⁶⁹ Schön, in: FS Canaris (2007), Bd. I, S. 1191, 1209.

¹⁷⁰ Zur Steuerungswirkung von standardisierten Erinnerungen siehe nur Calzolari/Nardotto, Nudging with Information: A Randomized Field Experiment (2014).

¹⁷¹ Grundlegend Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975), S. 440–448.

¹⁷² Dazu ausführlich Hopt, ZGR 2004, 1, 25–31.

¹⁷³ In vielen Situationen besteht allerdings die Gefahr, dass die Offenlegung von Interessenkonflikten (wegen der vermeintlichen Ehrlichkeit des Informierenden) das Vertrauen des Informationsempfängers eher stärkt als schwächt und es zu ungewollten Normeffekten kommt; siehe dazu die Studie von Cain/Loewenstein/Moore, 37 Journal of Consumer Research 836 (2011).

¹⁷⁴ Dieses Phänomen wird insbesondere im Kapitalmarktrecht diskutiert; siehe z. B. Klöhn,

fen werden, indem Umfang und Art und Weise der Information geregelt werden. Auch können etwa der Zeitpunkt und die Form der Informationserteilung gesetzlich vorgeschrieben werden (siehe etwa § 6 Abs. 2 S. 1 VVG, demzufolge der Versicherer dem Versicherungsnehmer den erteilten Rat und die Gründe hierfür klar und verständlich *vor dem Abschluss des Vertrags in Textform* zu übermitteln hat). Die Notwendigkeit derartiger Detailregulierung von Art, Umfang und Zeitpunkt der Informationserteilung macht den Einsatz von Informations- und Offenlegungspflichten als Regulierungsinstrument sehr aufwändig und fehleranfällig.¹⁷⁵

bb. Steuerung des Informationsverpflichteten

Gesetzliche Informations- und Offenlegungspflichten können aber auch eingesetzt werden, um das Verhalten des Informationsverpflichteten zu regulieren. Im Kern geht es darum, unerwünschtes Verhalten dadurch abzuschrecken, dass der Betreffende verpflichtet wird, dieses gegenüber seinem Vertragspartner oder sogar der Allgemeinheit offenzulegen. Bereits die gerade behandelten Informations- und Offenlegungspflichten zur Steuerung des Informationsempfängers entfalten häufig eine entsprechende Rückwirkung auf das Verhalten des Informationsverpflichteten, etwa indem ein Lebensmittelhersteller auf die Verwendung gentechnisch veränderter Zutaten gänzlich verzichtet, wenn er ansonsten einen prominenten Hinweis auf die Verpackung drucken müsste.

Der Grund, weshalb ein bestimmtes Verhalten nicht als solches verboten, sondern (nur) zum Gegenstand von Offenlegungspflichten gemacht wird, kann entweder sein, dass das Verhalten nicht so schwerwiegend erscheint, dass ein gesetzliches Verbot gerechtfertigt wäre, oder, dass die Bewertung des Verhaltens stark von den Umständen des Einzelfalles abhängt und deshalb einer abstrakt-generellen Regulierung nur schwer oder sogar gar nicht zugänglich wäre. Ersteres trifft etwa auf die Verwendung bestimmter Inhaltsstoffe zu, die als solche noch nicht gesundheitsgefährdend, aber ggf. von minderer Qualität sind oder Risiken für bestimmte Bevölkerungsgruppen (z.B. Babys, Diabetiker, Allergiker) schaffen. Letzteres gilt insbesondere für den Bereich des Wirtschaftsrechts. So ermöglicht etwa die Offenlegung des Nennkapitals der Aktiengesellschaft potentiellen Kreditgebern, die gesetzlich kaum abstrakt-generell zu regulierende wirtschaftliche Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung des einzelnen Unternehmens zu überprüfen und darauf zu reagieren, indem sie ihre Kreditkonditionen entsprechend staffeln.¹⁷⁶ Etwas komplizierter ist die Funktionsweise der gesetzlichen Publizitätspflichten kapitalmarktorientierter Unternehmen. Diese dienen

Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance (2006), S. 185–187; Möllers/Kernchen, ZGR 2011, 1, 6–14.

¹⁷⁵ Ausführlich zu den Fehlerquellen auf Seiten des Gesetzgebers beim Einsatz von Informations- und Offenlegungspflichten Ben-Shahar/Schneider, 159 U. Pa. L. Rev. 647, 679–691 (2011).

¹⁷⁶ Siehe dazu Eidenmüller/Engert, AG 2005, 97, 105.

dazu, eine Zweckmäßigkeitskontrolle unternehmerischer Entscheidungen durch den Markt zu gewährleisten. Die Idee ist, dass der Unternehmensleitung zwar ein weitreichender unternehmerischer Ermessensspielraum zukommt (vgl. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG), in welchem sie keiner Haftung für wirtschaftliche Fehlentscheidungen unterliegt, dass sie aber im Gegenzug dazu verpflichtet ist, die Rahmendaten der Geschäftsführung periodisch und alle wesentlichen Veränderungen unverzüglich zu veröffentlichen und so dem Kapitalmarkt ein Urteil darüber zu ermöglichen, ob die Geschäftspolitik im Interesse der Aktionäre liegt.¹⁷⁷ Die Regulierungswirkung auf den Informationsverpflichteten (bzw. denjenigen, dessen Handlungen offengelegt werden – z. B. den Organwalter einer publizitätspflichtigen Aktiengesellschaft) ergibt sich daraus, dass er in Antizipation einer negativen Marktreaktion bereits ex ante auf die Vornahme der entsprechenden Handlung verzichtet.

Ein solches Regulierungsinstrument geht mit noch anspruchsvolleren tatsächlichen Voraussetzungen einher als die oben behandelten Pflichten zur Steuerung des Informationsempfängers. Zunächst ist ein funktionierender Markt erforderlich, der die entsprechenden Informationen aufnimmt und in eine Marktreaktion umsetzt. Neigt etwa ein Markt zu irrationalen (Über- oder Unter-)Reaktionen,¹⁷⁸ kann sich der Informationsverpflichtete nicht darauf verlassen, nach einer korrekten Information über an sich nichtanrühiges Verhalten nicht abgestraft zu werden, bzw. kann darauf hoffen, trotz Offenlegung problematischen Verhaltens keine negative Marktreaktion hervorzurufen. In solchen Fällen geht von der Offenlegungspflicht kein Anreiz zur präventiven Verhaltensänderung aus. Möglich ist aber auch, dass der Offenlegungspflichtige die Präferenzen der Marktteilnehmer etwa durch Werbung gezielt zu seinen Gunsten manipuliert („Jetzt mit noch mehr Aroma“) und dadurch die ansonsten zu erwartende Marktreaktion aushebelt. Um dies zu verhindern, kann eine begleitende Regulierung von Werbung etc. erforderlich werden (vgl. z. B. § 36b Abs. 1 WpHG). Außerdem müssen den Nachfragern am Markt hinreichend ähnliche Substitute zur Verfügung stehen, die sich aber hinsichtlich des offenzulegenden Umstands unterscheiden. Verwenden z. B. sämtliche Schokoladenhersteller gentechnisch veränderten Kakao und weisen darauf auf der Verpackung hin, können Verbraucher dies nur durch eine generelle Schokoladenabstinenz, nicht aber durch den Wechsel des Anbieters sanktionieren. Da viele Verbraucher zu derart radikalen Schritten nicht bereit sind, wird die Marktreaktion wesentlich abgeschwächt bzw. fällt ganz aus.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Dazu Schön, JCLS 6 (2006), 259, 272 f.; ders., in: ders. (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht (2009), S. 563, 601 f. Siehe auch Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 159 f., 223 f.

¹⁷⁸ Siehe zu den Gründen und Erscheinungsformen solcher Marktanomalien am Beispiel des Kapitalmarkts Hellgardt, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 114, 130–134; Klöhn, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance (2006), S. 90–134 jeweils m. w. N.

¹⁷⁹ Auch die theoretische Möglichkeit, dass neue Wettbewerber auftreten könnten, die das Produkt ohne die entsprechende Zutat/Eigenschaft anbieten, hilft häufig nicht weiter. Erstens muss sich ein solcher Marktzugang wirtschaftlich lohnen, was angesichts hoher Investitions-

Das gleiche Problem stellt sich in Fällen, in denen dem Informationspflichtigen eine marktbeherrschende Stellung zukommt, etwa weil er eine bestimmte Technik patentiert hat, so dass die vorhandenen Substitute aus Sicht der Verbraucher nicht gleichwertig sind. Diese Erwägungen lassen sich auch auf die marktinduzierte Steuerung von Mangerverhalten und ähnlichem übertragen. Hier kann die Offenlegung bestimmter Kennzahlen sogar einen kontraproduktiven Effekt haben, indem etwa die Veröffentlichung der Vorstandsvergütung dazu führt, dass Unternehmen mit niedriger Vergütung diese anheben, damit nicht der Eindruck entsteht, die eigene Führungsmannschaft bestehe aus unterdurchschnittlichen Managern.¹⁸⁰

b. Indienstnahme Dritter

Um das Verhalten eines Regulierungsadressaten zu beeinflussen, ist es auch möglich, einem Dritten (dem Normadressaten) die Verantwortung dafür aufzuerlegen, dass sich der Regulierungsadressat regulierungszielkonform verhält.¹⁸¹ Eine solche Verantwortungszuweisung kann sowohl in Form einer Erfolgsverantwortung erfolgen, so dass der Normadressat verpflichtet wird, den Eintritt bestimmter Zustände zu gewährleisten oder zu verhindern, als auch im Wege einer Verhaltensverantwortung, bei der der Normadressat dafür zu sorgen hat, dass der Regulierungsadressat bestimmte Verfahrensregeln einhält – unabhängig davon, welcher Endzustand dadurch geschaffen wird. Eine solche Indienstnahme Dritter ist auf privatrechtlicher und auf öffentlich-rechtlicher Grundlage möglich. Die klassische Form ist die so genannte *gatekeeper*-Haftung,¹⁸² bei der ein Marktintermediär, der über eine eigene Reputation verfügt und dafür verantwortlich ist, das Angebot des Regulierungsadressaten in einer bestimmten Hinsicht zu überprüfen und / oder zu zertifizieren, einer direkten Haftung gegenüber geschädigten Käufern unterliegt, wenn er schuldhaft seine Überprüfungs- / Zertifizierungspflicht verletzt. Typische Beispiele für solche *gatekeeper* sind Abschlussprüfer, Emissionsbanken oder Ratingagenturen.

kosten eine erhebliche Nachfrage für das veränderte Produkt voraussetzt, zweitens entstehen durch die Veränderung häufig höhere Produktionskosten, so dass nur derjenige kleine Teil der Verbraucher wechseln wird, der auch höhere Preise zu zahlen bereit ist, und drittens verändert ein homogenes Angebot im Laufe der Zeit die Präferenzen der Konsumenten, so dass die Nachfrage nach abweichenden Produkten sinkt.

¹⁸⁰ Siehe zu diesem so genannten „Lake Wobegon“-Effekt z.B. *Hayes / Schaefer*, 94 J. Fin. Econ. 280 (2009). Für eine empirische Analyse der Effekte der 2005 eingeführten individuellen Offenlegungspflicht in § 285 Nr. 9 lit. a HGB siehe *Ernst / Rapp / Wolff*, ZCG 2009, 53 ff.

¹⁸¹ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen dieses Regulierungsinstruments siehe bereits ausführlich oben S. 310 ff.

¹⁸² Grundlegend dazu *Kraakman*, 93 Yale L. J. 857, 888–896 (1984); *ders.*, 2 JLEO 53 (1986); siehe auch *Hamdani*, 77 S. Cal. L. Rev. 53 (2003); *Tuch*, 96 Va. L. Rev. 1583 (2010). Monographisch *Coffee, Jr.*, *Gatekeepers* (2006). Aus deutscher Sicht z.B. *Leyens*, in: FS Schäfer (2008), S. 159 ff. Siehe auch bereits *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 296 f.

Daneben ist es aber auch möglich, Dritte rechtlich zu ermächtigen oder auch (etwa aufsichtsrechtlich) dazu zu verpflichten, dass sie – insbesondere auf vertraglicher Grundlage – bestimmte Pflichten gegenüber dem eigentlichen Regulierungsadressaten durchsetzen. In diesem Sinne kann etwa der Schadensversicherer als Dritter eingesetzt werden, der durch eine Vielzahl an vertraglichen Instrumenten dem Versicherungsnehmer Anreize zu schadensvorbeugenden Maßnahmen setzt.¹⁸³ Insbesondere das Aufsichtsrecht (z. B. Bankenaufsicht oder Versicherungsaufsicht) kann den beaufsichtigten Unternehmen Pflichten im Umgang mit ihren Kunden auferlegen, die erhebliche Regulierungswirkung auf bestimmte Kundengruppen entfalten.

Das indirekte Regulierungsinstrument der Indienstnahme Dritter als gatekeeper bietet eine Reihe wichtiger Vorteile. So lassen sich dadurch auch Regulierungsadressaten erreichen, die sich außerhalb des eigenen Hoheitsbereichs befinden, sofern sie in vertraglichem Kontakt zu lokalen Unternehmen stehen. Vor allem lassen sich aber die Kenntnisse und Sachnähe privater Marktteilnehmer für die Regulierung nutzbar machen. Insbesondere im Wirtschaftsrecht stehen Aufsichtsbehörden häufig vor der Schwierigkeit, komplexe wirtschaftliche Vorgänge und Innovationen etwa im finanztechnischen Bereich nur schwer überblicken zu können. Hier können gatekeeper, denen bestimmte äußere Risikovorgaben gemacht werden, als komplementäres Regulierungsinstrument zu einer direkten Marktaufsicht wirken.

Aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts kommt eine gatekeeper-Haftung insbesondere dann in Betracht, wenn sich der Regulierungsadressat nicht durch eigene Haftungssanktionen hinreichend abschrecken lässt, wenn der gatekeeper selbst nicht genügend Anreize besitzt, auch ohne die Gefahr einer Dritthaftung zuverlässig tätig zu werden (etwa allein aus Sorge um die eigene Reputation), wenn der gatekeeper faktisch in der Lage ist, das Fehlverhalten des Regulierungsadressaten zu verhindern, ohne dass dieser einfach den Vertragspartner wechselt, und wenn schließlich der gatekeeper durch die Haftungsandrohung Anreize erhält, das Fehlverhalten mit vernünftigem Kostenaufwand aufzudecken.¹⁸⁴ Eine solche Haftung führt allerdings regelmäßig dazu, dass den Regulierungsadressaten die Kosten des Haftungsrisikos in Form erhöhter Entgelte für die Leistungen des gatekeepers auferlegt werden. Dies kann im ungünstigsten Fall dazu führen, dass seriöse Regulierungsadressaten aufgrund dieser erhöhten Kosten dem entsprechenden Markt gänzlich fern bleiben.¹⁸⁵ Auch durch eine materielle gatekeeper-Regulierung (etwa durch Aufsichtsrecht) entstehen zusätzliche Kosten, die letztlich der Regulierungsadressat zu tragen hat, so dass hier ähnliche Gefahren drohen. Allerdings besteht der Vorteil der Regulierung darin,

¹⁸³ Ausführlich dazu *Ben-Shahar / Logue*, 111 Mich. L. Rev. 197 (2012).

¹⁸⁴ *Kraakman*, 2 JLEO 53, 61 (1986).

¹⁸⁵ Siehe dazu *Hamdani*, 77 S. Cal. L. Rev. 53, 74–80, 90 (2003).

dass sich die Verhaltenspflichten des gatekeepers bereits ex ante klar bestimmen lassen, so dass auch das Ausmaß der Kostenbelastung besser zu kontrollieren ist.

c. Zurechnungsnormen

Ein der Indienstnahme Dritter verwandtes Regulierungsinstrument ist die Zurechnung fremden Verhaltens oder fremder Eigenschaften. Der wesentliche Unterschied zur Indienstnahme besteht darin, dass dort dem Indienstgenommen eigene Pflichten auferlegt werden, während bei der Zurechnung lediglich die Pflichten oder die Stellung des Handelnden auf den Geschäftsherrn oder Hintermann erstreckt werden oder umgekehrt.¹⁸⁶

Dieses Instrument tritt in allen drei Teilrechtsordnungen auf. So werden im Privatrecht Handlungen oder Wissen gemäß §§ 31, 166, 278, 831 BGB einem Geschäftsherrn, einer Gesellschaft oder auch andersherum das Wissen des Geschäftsherrn dem handelnden Vertreter zugerechnet. Im Strafrecht können besondere persönliche Merkmale einer Gesellschaft oder eines gesetzlich Vertretenen, die die Strafbarkeit begründen, gemäß § 14 StGB dem Vertreter zugerechnet werden und damit dessen persönliche Strafbarkeit begründen. Und im Öffentlichen Recht können gemäß § 30 OWiG Gesellschaften die Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten ihrer organschaftlichen Vertreter (sowie weiterer Vertreter) dergestalt zugerechnet werden, dass sie mit einer eigenen Geldbuße belegt werden.¹⁸⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH können im Wettbewerbsrecht, das sich gegen rechtswidriges Verhalten von „Unternehmen“ richtet, auch Konzerne als „Unternehmen“ erfasst sein, so dass innerhalb eines Konzerns das Verhalten von Tochtergesellschaften der Muttergesellschaft zugerechnet wird, „wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt“, was bei einer 100prozentigen Tochtergesellschaft widerleglich vermutet wird.¹⁸⁸ Die Rechtsfolge einer solchen Zurechnung besteht darin, dass die Muttergesellschaft als Gesamtschuldnerin für die Zahlung der gegen ihre Tochtergesellschaft verhängten Geldbuße wegen wettbewerbswidrigen Verhaltens in Anspruch genommen werden kann.¹⁸⁹ Eine Zurechnung im Konzern kann sich

¹⁸⁶ Demgegenüber behandelt *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag (2012), S. 202 f. beide Fälle als Beispiele für eine Zurechnung fremden Verhaltens.

¹⁸⁷ Zur aktuellen Diskussion über ein Unternehmensstrafrecht siehe nur *Böse*, ZStW 126 (2014), 132 ff. m. w. N.

¹⁸⁸ EuGH, Urt. v. 10.09.2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, I-8287 f. (Rn. 58, 60 f.) – *Akzo Nobel*; Urt. v. 20.01.2011, Rs. C-90/09 P, Slg. 2011, I-1, I-44 (Rn. 39 f.) – *General Química*.

¹⁸⁹ *Kersting*, Der Konzern 2011, 445, 449–451 will dieses Ergebnis rechtsdogmatisch durch eine analoge Anwendung von § 128 HGB erklären; ablehnend *J. Koch / Harnos*, in: *Eisele / J. Koch / Theile* (Hrsg.), Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund (2014), S. 171, 179–188.

im wirtschaftlichen Ergebnis auch durch die Verlustausgleichspflichten der Muttergesellschaft (§§ 302, 311 AktG) ergeben.¹⁹⁰

Derartige Zurechnungsnormen setzen demjenigen, dem das Verhalten, der Status oder das Wissen (im Folgenden wird vereinfachend nur von „Verhalten“ gesprochen¹⁹¹) eines Dritten zugerechnet werden, erhebliche Anreize, die Handlungen dieses Dritten (des Regulierungsadressaten) zu kontrollieren und zu steuern. Entscheidend für den Erfolg des Regulierungsinstruments ist daher, dass derjenige, dem fremdes Verhalten zugerechnet wird, auch rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, Einfluss auf den Dritten zu nehmen.¹⁹² Ansonsten handelt es sich um eine reine Versicherung ohne Regulierungswirkung.¹⁹³

Sinnvoll ist der Einsatz von Zurechnungsnormen als Regulierungsinstrument nur dann, wenn durch die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn Vorteile gegenüber einer direkten Regulierung des Regulierungsadressaten erzielt werden können. Hier sind eine Reihe von Vorteilen denkbar.¹⁹⁴ So verfügen Geschäftsherren häufig über überlegene Fähigkeiten zur Risikominimierung, etwa weil sie – insbesondere aufgrund von Größenvorteilen – tatsächliche Risiken besser einschätzen und steuern können oder weil sie in der Lage sind, den Regulierungsadressaten durch interne Regeln und Sanktionsmechanismen mit einer Zielgenauigkeit zu steuern, die durch externe Rechtsdurchsetzung nicht möglich wäre. Zweitens lässt sich durch Zurechnungsnormen, insbesondere die Zurechnung von Verhalten zu Gesellschaften, das Problem unzureichender Haftungsfonds abmildern. Wie oben beschrieben, setzen Sanktionsmechanismen wie Schadensersatz oder Geldbußen darauf, dass der Regulierungsadressat eine Abwägung zwischen dem erwarteten Vorteil und der zu erwartenden Sanktion vornimmt.¹⁹⁵ Reicht das Vermögen des Regulierungsadressaten (sei es eine natürliche Person oder eine Tochtergesellschaft) aber offensichtlich nicht aus, um eventuelle Schadensersatzforderungen oder Geldbußen zu begleichen, kann dies unter Umständen die Abschreckungswirkung mindern (so genanntes judgment-proof problem).¹⁹⁶ Wird

¹⁹⁰ Zum Sanktionsdurchgriff im Konzern siehe die Beiträge im Sammelband *Eisele/J. Koch/Theile* (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund* (2014). Zur konzernweiten Compliance siehe *Verse*, ZHR 175 (2011), 401 ff.

¹⁹¹ Dies rechtfertigt sich daraus, dass Wissen oder Status zumeist unselbstständige Tatbestandsmerkmale einer Verantwortlichkeit darstellen, die aber nur dann eintritt, wenn ein rechtswidriges Verhalten vorliegt. Für eine ökonomische Analyse speziell der Wissenszurechnung siehe *Schweitzer*, in: FS Schäfer (2008), S. 559, 569–571.

¹⁹² Dazu ausführlich *Tröger*, *Arbeitsteilung und Vertrag* (2012), S. 202 f. m. w. N.

¹⁹³ Die zuvor diskutierten vertraglichen Einwirkungsmöglichkeiten der Versicherung (siehe oben S. 486) basieren gerade auf der Vertragsfreiheit der Versicherung, die im Falle einer faktischen Zwangsversicherung nicht gegeben ist.

¹⁹⁴ Ausführlich zum Folgenden *Tröger*, *Arbeitsteilung und Vertrag* (2012), S. 205–213.

¹⁹⁵ Siehe oben S. 467 und S. 472.

¹⁹⁶ Dazu *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 230–232. Grundsätzlich sollte die Gefahr einer das eigene Vermögen übersteigenden Haftung auch bei geringem Vermögen erhebliche Abschreckungswirkung entfalten, weil die Realisierung der Haftung die (Privat-)Insolvenz bedeutet. Im Detail hängt die Steuerungswirkung aber von der Ausgestal-

in einem solchen Fall die Haftung auf eine (Mutter-)Gesellschaft erstreckt, steht ein zusätzlicher, oft erheblich größerer Haftungsfonds zur Verfügung und die zuständigen Gesellschaftsorgane haben daher starke Anreize, Vorsorge zu treffen, dass der Haftungsfall nicht eintritt. Schließlich kann die befreiende Haftungsüberleitung auf eine Gesellschaft (oder eine Freistellungsabrede im Innenverhältnis) dem Handelnden Anreize nehmen, aus Sorge vor einer existenzgefährdenden persönlichen Haftung übermäßige Haftungs vorsorge zu treffen und etwa übervorsichtige unternehmerische Entscheidungen zu treffen, die nicht im Interesse der Gesellschafter liegen.

d. Abdingbare Vorschriften, Soft Law und regulierte Selbstregulierung

Eine weitere Form indirekter Regulierung besteht darin, dass der Staat¹⁹⁷ lediglich einen Rahmen und einen Durchsetzungsmechanismus vorgibt, nicht aber den Inhalt der Regelung bis ins Detail einseitig festlegt. In diese Kategorie fallen eine Reihe unterschiedlicher, aber ähnlicher Regulierungsinstrumente,¹⁹⁸ die hier des Sachzusammenhangs wegen gemeinsam behandelt werden.

Eine erste Möglichkeit ist der Einsatz abdingbaren Rechts, also der Fall, dass der Staat zwar den Inhalt der Normen detailliert vorgibt, den Betroffenen aber die Möglichkeit eröffnet, privatautonom eine abweichende Regelung zu treffen. Die Funktionsweise dispositiven Privatrechts als Regulierungsinstrument wurde bereits im Zusammenhang mit dem generellen Verhältnis von Privatrecht und Regulierung ausführlich behandelt, worauf an dieser Stelle verwiesen werden kann.¹⁹⁹ Während abdingbare Vorschriften grundsätzlich nur im Privatrecht eingesetzt werden, ist es theoretisch denkbar, Privaten zu erlauben, auch von öffentlich-rechtlichen Vorschriften abzuweichen, etwa durch den Erwerb einer Ausnahmegenehmigung²⁰⁰ oder durch öffentlich-rechtliche Verträge, welche die Regulierung direkt auf die Bedürfnisse des Einzelfalls zuschneiden.²⁰¹ Eine vergleichbare Wirkung lässt sich durch den Einsatz von Soft Law erzielen, wie es insbesondere die EU-Kommission in Form von Mitteilungen, Leitlinien oder

tion der Insolvenzregeln ab, etwa der Möglichkeit einer Restschuldbefreiung nach wenigen Jahren. Außerdem gibt es Situationen, in denen sich der Handelnde in einer ohnehin ausweglosen Situation wähnt, so dass es aus seiner Sicht nur noch darum geht, in welchem Maße die zu erwartenden Forderungen sein Vermögen übersteigen werden. In solchen „last-period“-Fällen steigt die Bereitschaft zu hoch riskantem Verhalten, wenn die minimale Chance einer vollständigen Rettung gesehen wird; siehe dazu bereits *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 388 f.

¹⁹⁷ Der in dieser Studie zugrunde gelegte Regulierungsbegriff beschränkt sich auf staatlich gesetztes Recht; siehe oben S. 51 f.

¹⁹⁸ In der Politikwissenschaft werden derartige Steuerungsmechanismen unter den Schlagworten „Netzwerk-Governance“ oder „Meta-Governance“ zusammengefasst; vgl. *Wiater*, Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt (2013), S. 74–77 m. w. N.

¹⁹⁹ Siehe oben S. 88 ff. und S. 93 ff.

²⁰⁰ Siehe das Modell von *Mungan*, 31 Int'l Rev. L. & Econ. 249 (2011).

²⁰¹ Dazu *Wiater*, EJRR 2015, 255, 259–262.

Stellungnahmen verwendet.²⁰² Solche Instrumente fallen aber nur dann unter den hier verwendeten Regulierungsbegriff, wenn sie mit einem Mindestmaß an staatlicher Rechtsdurchsetzung verbunden sind.

In diesem Sinne kann der Staat privat geschaffene Regeln durch explizite rechtliche Bezugnahme mit Regulierungswirkung versehen. Ein Beispiel für dieses Regulierungsinstrument ist § 161 AktG. Diese Norm verpflichtet den Vorstand und den Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften, jährlich zu erklären, ob sie den Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) folgen. Dieser wurde durch eine nichtstaatliche Expertenkommission erarbeitet und wird jährlich aktualisiert. Rechtlich verpflichtend ist nur die zutreffende Entsprechenserklärung (bzw. deren unterjährige Aktualisierung), nicht aber die Befolgung der Empfehlungen an sich.²⁰³ Die Pflicht, sich den Empfehlungen entsprechend zu verhalten, ergibt sich erst durch die Selbstverpflichtung im Rahmen der Entsprechenserklärung. Die Eignung als Regulierungsinstrument folgt aber daraus, dass die Abweichung von den Empfehlungen – ohne stichhaltige Begründung – vom Kapitalmarkt als negatives Signal, nämlich als Zeichen schlechter Unternehmensführung, gewertet werden sollte.²⁰⁴ Die Durchsetzung derartiger Regeln muss aber nicht Marktmechanismen überlassen bleiben, sondern kann ebenfalls rechtlich erfolgen. So nimmt der Gesetzgeber im Rahmen der Sicherheitsregulierung häufig auf technische Normen von Fachverbänden Bezug, denen etwa dadurch rechtliche Relevanz zukommt, dass Produkte, die normgemäß sind, gesetzlich für bestimmte Verwendungen zugelassen sind, oder indem gesetzlich vermutet wird, dass solche Produkte den Regeln der Technik entsprechen.²⁰⁵ Der Vorteil solcher Regulierungsinstrumente besteht darin, dass sich der Staat die besondere Sachkompetenz Privater zu Nutze machen kann, indem er deren privaten Regelwerken rechtliche Bedeutung verschafft. Gleichzeitig sind so kurzfristige Anpassungen etwa an den Stand der Technik möglich. Die Gefahr besteht allerdings darin, dass die privaten Normsetzer eigene Interessen verfolgen. Damit auch die staatlich intendierte Regulierungswirkung tatsächlich erzielt wird, ist deshalb eine staatliche Beobachtung des privaten Normsetzungsprozesses erforderlich.²⁰⁶

Schließlich kann der Gesetzgeber dem Regulierungsadressaten (insbesondere Unternehmen, aber auch Verbänden) aufgeben, selbst Detailregelungen für einen

²⁰² Dazu v. Graevenitz, EuZW 2013, 169 ff.

²⁰³ Siehe nur Goette, in: MünchKomm. AktG³ (2013), § 161 Rn. 1.

²⁰⁴ Ausführlich Leyens, in: GroßKomm. AktG⁴ (2012), § 161 Rn. 44–53. Zur tatsächlichen Akzeptanz des DCGK siehe die jährlichen Reports des Berlin Center of Corporate Governance; zuletzt v. Werder / Turkali, DB 2015, 1357 ff.

²⁰⁵ Vgl. Schweitzer, EuZW 2012, 765, 766.

²⁰⁶ Im Falle der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ ist allerdings eher das Phänomen zu beobachten, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Gesetzgebungsvorschläge für den Fall ankündigt, dass der DCGK nicht in einer bestimmten Weise geändert wird, und damit trotz formeller Unabhängigkeit der Kommission Einfluss auf den Inhalt des DCGK nimmt; vgl. Kremer, ZIP 2011, 1177, 1179.

bestimmten Lebensbereich aufzustellen und intern durchzusetzen. Dieses Regulierungsinstrument kann man als „regulierte Selbstregulierung“ bezeichnen.²⁰⁷ Dies kann entweder in allgemeiner Form – etwa als Pflicht zur Etablierung von unternehmensinternen Compliance-Systemen²⁰⁸ – oder im Wege branchenspezifischer Vorgaben gesehen. Beispiele für branchenspezifische Ansätze regulierter Selbstregulierung finden sich etwa in der Bankenaufsicht. Dort legt die Institutsvergütungsverordnung detaillierte Anforderungen an die Vergütungssysteme der Banken fest, die insbesondere vorsehen, dass das jeweilige Vergütungssystem auf die Geschäfts- und Risikostruktur der entsprechenden Bank zugeschnitten sein muss (vgl. § 4 InstitutsVergV). Besonders strenge Vorgaben gelten für die Vergütungssysteme von als bedeutend eingestuften Instituten (vgl. §§ 17–26 InstitutsVergV). In ähnlicher Weise regelt die MaRisk, ein Rundschreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,²⁰⁹ die Mindestanforderungen an das Risikomanagementsystem der Banken. Damit kann der Regulierungsadressat seine internen Regeln selbst und nach den individuellen Bedürfnissen festlegen, muss aber zugleich die staatlich gesetzten Rahmenvorgaben einhalten, von denen die eigentliche Regulierungswirkung ausgeht. Der Vorteil dieses Regulierungsinstruments besteht darin, dass so eine Detailsteuerung erreicht werden kann, die bei einer vollständigen Top-Down-Regulierung, d. h. bei einer vollständigen gesetzlichen Regelung des entsprechenden Lebensbereichs, aufgrund des abstrakt-generellen Charakters von Rechtsnormen und der Vielfalt tatsächlicher Anwendungsfälle nicht möglich wäre. Gleichzeitig sollte die Mitwirkung des Regulierungsadressaten an der Standardsetzung die Akzeptanz der Regelung erhöhen.

e. Naming and Shaming

Schließlich besteht noch die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber die Regulierungswirkung, insbesondere von direkten Regulierungsinstrumenten, dadurch verstärkt, dass er den Umstand eines Rechtsverstoßes oder einer zwangsweisen Rechtsdurchsetzung öffentlich macht und damit dem Normadressaten gezielt einen Reputationsschaden zufügt. Die Gefahr eines solchen Reputationsscha-

²⁰⁷ In der öffentlich-rechtlichen Diskussion wird dieser Ausdruck dagegen in einem sehr viel weiteren und diffuseren Sinne verwendet; vgl. oben S. 46. Teilweise wird auch der DCGK als Beispiel für regulierte Selbstregulierung genannt; so z. B. *Grünberger*, RW 2012, 1, 30–42 (im Zusammenhang mit der Herstellung von Geschlechtergerechtigkeit in der Wirtschaft).

²⁰⁸ Dazu z. B. *Schaefer / Baumann*, NJW 2011, 3601 ff.; zur Wirkungsweise von Normen in Organisationen aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Stock*, ZfB 2004, 785 ff. Zu den rechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung einer Compliance-Organisation zur Vorbeugung schuldhaft unterlassener Ad-hoc-Mitteilungen am Kapitalmarkt siehe bereits die Ausführungen in *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 476–481.

²⁰⁹ BaFin, Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk, 14.12.2012.

dens aufgrund rechtlicher Sanktionen²¹⁰ kann ex ante eine erhebliche Regulierungswirkung entfalten und so den primären Normbefehl verstärken. Beispiele sind die §§ 37 Abs. 1 S. 3, 60b KWG, § 40b WpHG, die der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht erlauben (und sie in bestimmten Fällen sogar dazu verpflichten), auf ihrer Internetseite unanfechtbare Maßnahmen und Bußgeldbescheide, die sie wegen Verstößen gegen Verbote oder Gebote des KWG, des WpHG und finanzmarktrechtlicher EU-Verordnungen getroffen hat, öffentlich bekannt zu machen.²¹¹ In den USA werden die Hygienestandards von Restaurants durch die Gesundheitsbehörden im Wege eines Ampelsystems veröffentlicht²¹² und auch in Deutschland gibt es entsprechende Pläne, eine „Hygieneampel“ einzuführen, die die Ergebnisse von Gesundheitskontrollen in Restaurants veröffentlicht.²¹³

Die Gefahr dieses Regulierungsinstruments besteht darin, dass sich die marktliche Reaktion durch die Behörde nur schwer abschätzen lässt. Fällt sie zu gering aus, entfällt die Effektivität des Regulierungsinstruments, fällt sie dagegen zu stark aus, kann sie Unternehmen wegen relativ geringer Normverstöße in ernsthafte wirtschaftliche Bedrängnis bringen. Das Regulierungsinstrument eignet sich deshalb nur für eng umgrenzte Lebensbereiche, die durch eine Vielzahl professioneller Marktteilnehmer gekennzeichnet sind, die entsprechende Veröffentlichungen richtig deuten und einen angemessenen Marktdruck entfalten können.²¹⁴

III. Zusammenspiel von Regulierungsinstrumenten und Regulierungszielen

Der Erfolg von Regulierung hängt wesentlich vom konkreten Zusammenspiel zwischen Regulierungsinstrument und verfolgtem Regulierungsziel ab. Diese Frage stellt sich insbesondere in zwei praktischen Zusammenhängen, nämlich einmal bei der Auswahl von Regulierungsinstrumenten durch den Gesetzgeber, zum anderen bei der Rechtsanwendung regulatorischer Normen insbesondere durch die Gerichte. Hier soll noch nicht auf diese Fragen eingegangen,²¹⁵ son-

²¹⁰ Zum Zusammenspiel rechtlicher Sanktionen und Reputationsmechanismen *Iacobucci*, 43 J. Leg. Stud. 189 (2014).

²¹¹ Beispiele derartiger Veröffentlichungen finden sich auf der Homepage www.bafin.de unter dem Punkt „Meldungen“, „Verbraucher“.

²¹² Ausführlich zu den Problemen dieses Regulierungsansatzes mit umfangreicher empirischer Auswertung *Ho*, 122 Yale L. J. 574 (2012).

²¹³ Kritisch dazu *Kügel/Platzmann*, LMuR 2012, 1 ff.

²¹⁴ Daneben kann das Instrument auch zur Warnung von Anlegern vor verbotenen Anlagemodellen verwendet werden. Dies scheint bei der Veröffentlichungspraxis der BaFin im Vordergrund zu stehen. Derartige staatliche Warnungen fallen aber nicht mehr unter das hier untersuchte Konzept der Regulierung.

²¹⁵ Siehe dazu unten S. 565 ff. (Gesetzgeber) und S. 647 ff. (Gerichte).

dern es sollen zunächst die theoretischen Grundlagen dafür gelegt werden, den Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck in der Regulierung rechtswissenschaftlich zu analysieren. Derartige Analysen können dann die Grundlage für die Auswahlentscheidung des Gesetzgebers bzw. die Auslegungsmethode des Gerichts bilden.

Als erstes soll untersucht werden, unter welchen Umständen ein einzelnes Regulierungsinstrument ein Regulierungsziel erreichen kann (unter 1.), ehe anschließend das Zusammenspiel mehrerer Regulierungsinstrumente im Rahmen einer Regulierungsstrategie in den Blick genommen wird (unter 2.).

1. Regulierungsinstrument und Regulierungsziel

Regulierungsinstrument und Regulierungsziel stehen in einer Mittel-Zweck-Relation, ersteres wird eingesetzt, um letzteres zu erreichen. Als Regulierungsziel wurde oben ein bestimmter sozialer Zustand definiert, den die regulierende Instanz als Maßstab für den Zustand aufstellt, der durch den Einsatz des Regulierungsinstruments erreicht werden soll.²¹⁶ In diesem Abschnitt geht es um die Fragen, welche Umstände für die Zielerreichung wesentlich sind, weshalb Regulierungsinstrumente ihr Ziel verfehlen und wie unterschiedliche Regulierungsinstrumente verglichen werden können.

a. Determinanten der Zielerreichung

Um die Eignung einzelner Regulierungsinstrumente zur Erreichung eines konkreten Regulierungsziels umfassend zu evaluieren, bedarf es empirischer Untersuchungen oder zumindest einer Simulation oder eines Planspiels.²¹⁷ Fehlt es an solchen tatsächlichen Erkenntnissen, müssen theoretische Hypothesen die Lücke füllen.²¹⁸ Grundlegend sind hier insbesondere die Erkenntnisse der Sozialpsychologie zur Wirkungsweise von Normen.²¹⁹ Daneben hat die Ökonomik ein Verhaltensmodell entwickelt und aufgrund behavioristischer Einsichten verfeinert, das von Vertretern der ökonomischen Analyse als Grundlage einer verhaltenswissenschaftlichen Analyse des Rechts propagiert wird.²²⁰ Stärker von der rechtlichen Seite nähert sich die Rechtssoziologie dem Thema, so etwa das bereits erwähnte Modell von *Thomas Raiser*, der die Wirksamkeitsfaktoren des

²¹⁶ Siehe oben S. 438 und S. 441 f.

²¹⁷ Siehe dazu bereits die frühen Überlegungen bei *Hopt*, in: Gesetzesplanung (1972), S. 33 ff.

²¹⁸ Vgl. *Engel*, in: Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten (2007), S. 363, 375.

²¹⁹ Einführung bei *Stroebe*, in: FS Opp (2008), S. 101 ff.; siehe auch *ders.*, in: Jonas/Stroebe/Hewstone (Hrsg.), Sozialpsychologie⁶ (2014), S. 231 ff.

²²⁰ In Deutschland siehe insbesondere *Engel*, in: Engel/Englerth/Lüdemann u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten (2007), S. 363, 376–379.

Rechts danach systematisiert, welcher Sphäre sie zuzuordnen sind.²²¹ Eine solche Einteilung hat den Vorteil, dass sie eine Unterscheidung zwischen Faktoren ermöglicht, die der Gesetzgeber oder die Behörden/Gerichte direkt beeinflussen können, und solchen Umständen, die – jedenfalls zunächst – als gegeben unterstellt werden müssen.

aa. Rechtlich direkt beeinflussbare Faktoren

Zu den rechtlich direkt beeinflussbaren Faktoren, die den Regulierungserfolg einer Norm determinieren, zählt an erster Stelle die Ausgestaltung der Norm durch die Gesetzgebung, aber auch durch die konkrete Rechtsanwendung. Dabei geht es nicht nur um die Frage, ob ein enger oder weiter Wortlaut gewählt wird, sondern an welche Gruppe von Normadressaten sich das Gesetz richtet, welche Rechtsfolge vorgesehen ist, welcher Durchsetzungsmechanismus eröffnet wird und ob besondere Erleichterungen für den Beweis tatbestandsbegründender oder tatbestandsausschließender Umstände gewährt werden.

Soll das Regulierungsziel durch eine präventive Verhaltenssteuerung erreicht werden, muss das rechtlich geforderte Verhalten für den Regulierungsadressaten ex ante klar erkennbar sein. Dies spricht auf den ersten Blick für den Einsatz konkreter Regeln („rules“) im Gegensatz zu weiten Generalklauseln („standards“).²²² Tatsächlich kommt dieser Unterscheidung aber vor allem eine Bedeutung für die Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Judikative bzw. Exekutive zu. Enthält das (formelle) Gesetz einen weiten, ausfüllungsbedürftigen Tatbestand, kann dieser durch Behörden oder Gerichte im Laufe der Zeit insbesondere durch Fallgruppenbildung so konkretisiert werden, dass für den Regulierungsadressaten die Verhaltenspflicht klar erkennbar wird.²²³ Damit erweisen sich diese Fragen der Gesetzgebungstechnik als für die Zielerreichung eher nachrangig.²²⁴

Wichtiger ist dagegen, dass bei der Normgestaltung der Lebenskontext berücksichtigt wird, in welchem der typische Regulierungsadressat mit dem Regulierungsinstrument konfrontiert werden soll.²²⁵ Handelt es sich um eine All-

²²¹ T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie⁶ (2013), S. 256–263. Siehe dazu bereits oben S. 27.

²²² Siehe zu den jeweiligen Vorteilen von rules und standards aus rechtstheoretischer Sicht Braithwaite, 27 Austl. J. Leg. Phil. 47 (2002); Dworkin, 35 U. Chi. L. Rev. 14 (1967); aus ökonomischer Sicht I. Ehrlich / Posner, 3 J. Leg. Stud. 257 (1974); Kaplow, 42 Duke L. J. 557 (1992); Ulen, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999), S. 347 ff. Siehe auch die ausführliche Analyse bei Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 178–202.

²²³ Siehe dazu bereits ausführlich oben S. 460.

²²⁴ Vgl. Binder, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 200. Der Unterschied zwischen rules und standards ist dagegen z. B. wichtig im Hinblick auf die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung an neue Umstände und für das Ausmaß an Kontrolle über die Regulierungswirkung, das die Legislative für sich beansprucht.

²²⁵ Siehe dazu auch Noll, Gesetzgebungslehre (1973), S. 178–180; T. Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie⁶ (2013), S. 257–259. Grundlegend zur Frage des Gesetzesadressaten bei

tagssituation, ohne rechtliche Vorprägung (z. B. den Straßenverkehr, tägliche Einkäufe oder die Kindererziehung), ist eine präventive Verhaltenssteuerung nur möglich, wenn das Recht entweder klare und einfach verständliche Handlungsanweisungen im Sinne eines äußeren Rahmens aufstellt (z. B. das Gewaltverbot in der Erziehung; das Recht, mangelhafte Kaufsachen zurückgeben zu dürfen; das Rechtsfahrgebot; das Diebstahlverbot) oder sich einer zweifelsfrei verständlichen Formensprache bedient (z. B. der Straßenverkehrszeichen; der Pflicht zur Auszeichnung von Bruttopreisen; grüner und roter Durchgänge beim Zoll am Flughafen). Komplexere Handlungsanweisungen entfalten in solchen Kontexten nur dann eine Regulierungswirkung, wenn sie sich im allgemeinen Bewusstsein festsetzen (z. B. die gesetzlichen Formerfordernisse beim Testieren oder beim Immobilienkauf; gesetzliche Kündigungsfristen im Arbeits- und Mietrecht; Steuerabzug für Spenden an gemeinnützige Organisationen). Dieses Bewusstsein kann theoretisch auch durch einen „harten Lerneffekt“ gebildet werden. Wenn die Regulierungsadressaten zunächst keine hinreichende Rechtskenntnis besitzen und daher die Verhaltenssteuerung anfangs fehlschlägt, setzt sich die gesetzliche Steuerungswirkung jedoch dann im allgemeinen Bewusstsein fest, wenn es zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten Einzelner gekommen ist, über die etwa in den Medien berichtet wird. Besondere Steuerungswirkungen gehen von spektakulären und öffentlichkeitswirksamen Strafverfahren aus, wobei hier weniger die Information über die Rechtslage als der Abschreckungseffekt im Mittelpunkt steht. Solche „harten Lerneffekte“ bergen aber für die regulierende Instanz erhebliche Risiken. Kommt es zu weitreichenden Vertrauensverlusten, lässt sich auch durch spätere Regulierung die Verhaltenstendenz häufig nicht mehr umkehren. So kann etwa die ausgeprägte Aktienscheu deutscher Kleinanleger durchaus als Spätfolge mangelhafter Anlegerschutzregelungen in Zeiten des Börsenbooms um die Jahrtausendwende („dot.com-Bubble“) verstanden werden.²²⁶

Handelt es sich dagegen um eine Situation, die deutlich erkennbar rechtliche Fragen aufwirft (z. B. Auftreten von Baumängeln; Erhalt eines Mieterhöhungsverlangens; Beantragung einer behördlichen Genehmigung; Ehescheidung), werden auch rechtlich nicht vorgebildete Regulierungsadressaten typischerweise Informationen über die Rechtslage einholen oder sich anwaltlich beraten lassen²²⁷ und sind daher grundsätzlich komplexeren oder sogar kontrain intuitiven Handlungsanweisungen eher zugänglich. Wendet sich eine Regulierung nicht an die Allgemeinheit, sondern zielt darauf ab, die typischen Regulierungs-

gesetzlicher Steuerung *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 61–83.

²²⁶ Im Jahr 2001 erreichte die Zahl der deutschen Anleger, die Aktien oder Aktienfonds besitzen, mit knapp unter 13 Millionen seinen bisherigen Höhepunkt. Seitdem sind die Zahlen wieder rückläufig; siehe *Deutsches Aktieninstitut*, Aktionärszahlen 2014, 2015 (https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2015-02-12%20DAI%20Aktionaerszahlen%202014.pdf), S. 3.

²²⁷ Vgl. G. Müller, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*² (2006), S. 185 f.

adressaten in einem speziellen Kontext zu steuern, in dem sich diese typischerweise besonders gut auskennen (insbesondere im Beruf, aber etwa auch bei einem Hobby, z. B. Jagd, Motorbootfahren oder Segelflug), können sehr viel detaillierte Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden,²²⁸ womit sich auch die Steuerungsmöglichkeiten vervielfachen. In solchen Bereichen kann der Gesetzgeber sogar selbst sicherstellen, dass die typischen Regulierungsadressaten über aktuelle Rechtskenntnisse verfügen, indem er bestimmten Berufen regelmäßige Fortbildungen vorschreibt oder Erwerb/Beibehaltung öffentlich-rechtlicher Berechtigungen zur Ausübung einer Tätigkeit vom Nachweis entsprechender Kenntnisse abhängig macht. Handelt es sich bei den typischen Regulierungsadressaten um mittlere oder größere Unternehmen, können noch komplexere und weitreichendere Regulierungsinstrumente eingesetzt werden, sofern unterstellt werden kann (oder sogar gesetzlich vorgeschrieben wird²²⁹), dass die Unternehmen über entsprechende Fach- bzw. rechtliche Kompetenz verfügen. Es ist dann genuine Aufgabe der Unternehmensorganisation (vgl. § 130 OWiG), die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben intern sicherzustellen, etwa die entsprechenden Mitarbeiter zu schulen. Deshalb versprechen im Bereich der Wirtschaftsregulierung auch komplizierte Regulierungsinstrumente, die im Alltagsbereich vollständig leer laufen würden, eine erhebliche Regulierungswirkung.

Die Ausgestaltung der Norm umfasst insbesondere auch die vorgesehene Rechtsfolge und, damit zusammenhängend, den Durchsetzungsmechanismus. Soll die Rechtsdurchsetzung auf private Initiative zurückgehen, muss das Regulierungsinstrument nicht nur festlegen, welche Private berechtigt sind und auf welchem Wege die Durchsetzung erfolgen soll, sondern vor allem den Privaten entsprechende Anreize und tatsächliche Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung bieten. So kann eine Rechtsdurchsetzung durch Private nur erfolgreich sein, wenn in der typischen Normsituation der Private beobachten bzw. verifizieren kann, ob der Normadressat sich rechtskonform verhält. Fehlt es daran, müssen dem Privaten ggf. behördliche Informationen zur privaten Rechtsverfolgung zur Verfügung gestellt werden, um die Regulierungswirkung sicherzustellen.²³⁰ Darüber hinaus ist eine Rechtsdurchsetzung durch Private nur zu erwarten, wenn im typischen Fall ein hinreichend großer (finanzieller) Anreiz besteht, trotz des Kostenrisikos gerichtliche Rechtsdurchsetzung zu betreiben. Damit eignen sich solche Regulierungsziele, deren Verfehlung nur geringe Auswirkungen auf ein-

²²⁸ Vgl. BGH ZIP 2015, 184, 185 (bei beruflichen Kardinalpflichten kann nach der Lebenserfahrung von einer Kenntnis der Berufsangehörigen ausgegangen werden).

²²⁹ Hier ist insbesondere an öffentlich-rechtliche Pflichten der Unternehmen zu denken, „Beauftragte“ für bestimmte Bereiche zu benennen, etwa Datenschutzbeauftragte (vgl. § 4f BDSG) oder Immissionsschutzbeauftragte (vgl. § 54 BImSchG).

²³⁰ Diese Möglichkeiten bestehen derzeit nur sehr begrenzt; zu einem Beispielfall siehe EuGH, Urt. v. 12.11.2014, Rs. C-140/13, n. n. v. (Rn. 34–41) – Altmann (zur Pflicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, im Rahmen der Wertpapieraufsicht das Berufsgeheimnis zu wahren und selbst bei Massenkaptalanlagebetrug den geschädigten Anlegern keine Einsicht in die Behördenakten zu gewähren).

zelne Private hat (z. B. die Verhinderung von schädlichen Emissionen), grundsätzlich nicht für privatrechtliche Regulierungsinstrumente, sofern diese nicht – etwa durch Strafschadensersatz – so angepasst werden, dass Privaten finanzielle Anreize gesetzt werden, die über die Folgen der persönlich erlittenen Rechtsverletzung hinausreichen. Werden dagegen öffentlich-rechtliche Rechtsfolgen und behördliche Durchsetzungsmechanismen gewählt, kann der Staat die Rechtsdurchsetzung beeinflussen, indem er die entsprechenden Institutionen oder das Verfahren gestaltet. Darauf wird sogleich zurückzukommen sein.

Für die Erreichung des Regulierungsziels ist zudem besonders wichtig, welche konkreten Voraussetzungen die Ausgestaltung des Tatbestands an den Beweis eines Normverstoßes stellt. Sind etwa die Schäden, die durch eine unerwünschte Aktivität entstehen, nur schwierig zu verifizieren oder zu beziffern, geht von einem Straftatbestand, der einen konkreten Schaden voraussetzt eine weitaus geringere Regulierungswirkung aus als von einem abstrakten Gefährdungsdelikt. Bei der privatrechtlichen Schadensersatzhaftung können insbesondere Beweisforderungen an die Kausalität dazu führen, dass ein Haftungstatbestand praktisch leerläuft und daher keine präventive Regulierungswirkung erzeugen kann.²³¹ Werden Tatbestände verkürzt, um weniger hohe Anforderungen an die Durchsetzung zu stellen, wächst allerdings die Gefahr einer Fehlsteuerung dadurch, dass auch Konstellationen vom Gesetz erfasst werden, in denen die Regulierungswirkung nicht intendiert ist. Antizipieren die Regulierungsadressaten einen entsprechend weiten Normbefehl, kann auch eine spätere einschränkende Auslegung nur wenig helfen. Ein mittlerer Weg kann etwa darin bestehen, bestimmte Tatbestandsmerkmale zwar aufzunehmen, aber Beweiserleichterungen, etwa eine Umkehr der Beweislast oder die Möglichkeit zur Schadensschätzung zu gewähren.²³²

Ein weiterer Faktor, der rechtlich direkt beeinflusst werden kann, sind die Vollzugs- und Sanktionsinstanzen. Damit ist nicht die bereits im Rahmen der Normgestaltung angesprochene Frage gemeint, welcher Durchsetzungsmechanismus eröffnet wird, sondern wie dieser institutionell und durch das Verfahrensrecht ausgestaltet wird. Dies betrifft bei öffentlich-rechtlichen Rechtdurchsetzungsmechanismen die sachlich-personelle Ausstattung der zuständigen Behörde, ihre Kompetenzen – etwa in Bezug auf die Sachverhaltsermittlung – und den äußeren Entscheidungsrahmen (gebundene Entscheidung oder Ermessen) sowie die interne Prioritätensetzung (durch Verwaltungsanweisungen und dergleichen). Aber auch die Bedingungen privatrechtlicher Rechtdurchsetzung sind einer rechtlichen Beeinflussung zugänglich. So können etwa durch besondere

²³¹ Dazu am Beispiel der Kapitalmarkthaftung *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 518–523.

²³² Die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung kann vor diesem Hintergrund als ein Mittel zur Stärkung der Regulierungsfunktion der Vermögensdelikte verstanden werden; zu den konkreten Anforderungen an die Feststellung einer solchen Vermögensgefährdung siehe BVerfGE 130, 1, 48–50.

Kostenregelungen Anreize zur Rechtsdurchsetzung geschaffen werden (siehe z.B. § 148 Abs. 6 AktG für die Kosten der Aktionärsklage²³³), mittels Beweiserleichterungen kann die Effektivität der Durchsetzung gesteigert werden (siehe z.B. § 287 ZPO, der eine gerichtliche Schätzung von Schaden und haftungsausfüllender Kausalität ermöglicht) und der Umstand, dass Private grundsätzlich frei sind, ob sie einen Anspruch geltend machen möchten, kann in dem wichtigen Bereich, in dem privatrechtliche Gesellschaften aktivlegitimiert ist, durch entsprechende Organpflichten, Ansprüche der Gesellschaft bei hinreichender Erfolgsaussicht auch tatsächlich geltend zu machen,²³⁴ abgemildert werden. Geht es um Ansprüche natürlicher Personen, kann die tatsächliche Anspruchsdurchsetzung etwa dadurch gefördert werden, dass ein gesetzlicher Forderungsübergang auf Sozialversicherungsträger angeordnet wird, wenn diese für das Opfer Sozialleistungen erbringen (vgl. § 116 SGB X).

bb. Sonstige Faktoren

Als sonstige Faktoren, die für die Erreichung des Regulierungsziels relevant sind, lassen sich in Anlehnung an rechtssoziologische Theorien²³⁵ insbesondere die Übereinstimmung des Regulierungsziels mit den allgemeinen Wertvorstellungen der Bevölkerung und denen der Bezugsgruppe des Regulierungsadressaten sowie die Persönlichkeit des einzelnen Regulierungsadressaten identifizieren.

Die Persönlichkeit des einzelnen Regulierungsadressaten stellt eine zufällige Variable dar, die nicht systematisch beeinflusst werden kann.²³⁶ Dies ist ein wichtiger Grund dafür, dass Regulierungsziele sinnvollerweise nur als Optimierungsgebote formuliert werden können: Es wird stets einzelne Menschen geben, die sich entgegen aller Erwartungen und der intersubjektiv als sinnvoll erachteten sozialen Regeln verhalten und deshalb für eine systematische rechtliche Steuerung unempfindlich sind.

Für Wertvorstellungen von Individuen oder Gruppen gilt dies aber nicht in gleichem Maße. Es ist zwar unmittelbar plausibel, dass rechtliche Normen eine weitaus größere Befolgungsquote aufweisen und deshalb eine bessere Regulierungswirkung erzielen, wenn sie mit den Wertvorstellungen der Gesellschaft und speziell der Bezugsgruppe des Regulierungsadressaten übereinstimmen als wenn sie diesen zuwider laufen.²³⁷ Das bedeutet aber nicht, dass Regulierung nur erfolgreich sein kann, wenn sie ohnehin existierende gesellschaftliche Entwicklungen aufnimmt.²³⁸ Verschiedene Sozialwissenschaften haben sich mit der Frage

²³³ Kritisch zur Ausgestaltung des § 148 Abs. 6 AktG unter Anreizgesichtspunkten *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 242–244.

²³⁴ Siehe etwa BGHZ 135, 244, 254–256 (zur Pflicht des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft, Haftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder geltend zu machen).

²³⁵ Siehe oben S. 27.

²³⁶ Siehe aber für eine Auseinandersetzung mit der Frage, aus welchen Gründen Individuen das Recht befolgen, *Tyler*, *Why people obey the law* (1990).

²³⁷ Ausführlich dazu *T. Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*⁶ (2013), S. 260–263.

²³⁸ So aber *G. Müller*, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*² (2006), S. 14.

auseinandergesetzt, wie rechtliche Vorgaben und Wertvorstellungen interagieren und wie rechtliche Regelungen bestehende Wertvorstellungen verändern.²³⁹

So basiert die neoklassische Mikroökonomik auf der Annahme von Präferenzen, die exogen gegeben, für alle Individuen ähnlich und stabil (d.h. unveränderlich) sind.²⁴⁰ Diese Präferenzen dienen dazu, die Nutzenfunktion des Einzelnen und der Gemeinschaft zu definieren und liefern damit zugleich den Maßstab der normativen Bewertung verschiedener Politikoptionen.²⁴¹ Für das Recht bedeutet dieser normative Ausgangspunkt, dass es – aus ökonomischer Sicht – so gestaltet sein sollte, dass der (durch die individuellen Präferenzen definierte) Nutzen aller maximiert wird. Besteht etwa bei vielen Menschen eine Präferenz für ein bestimmtes Gut, sollte die Rechtsordnung es ermöglichen, dieses Gut zu handeln (sofern dadurch nicht die Präferenzen Dritter negativ betroffen sind). Anders gewendet: Präferenzen haben für die neoklassische Mikroökonomik und die auf dieser basierenden ökonomischen Analyse des Rechts axiomatische Funktion;²⁴² woher sie kommen und wie sie gebildet werden, spielt keine Rolle. Demgegenüber gibt es ökonomische Ansätze, die zeigen, dass Präferenzen endogen sind, d.h. sie verändern sich durch die Art der vorhandenen Restriktionen, auch durch rechtliche Regeln.²⁴³ Eine ökonomische Theorie, die sich diese Einsicht zunutze macht, ist die bereits oben erwähnte Beeinflussung von Kontextfaktoren („nudging“).²⁴⁴ So zielt etwa die Verwendung von „Furchtappellen“ in der Werbung („Rauchen tötet“) genau darauf ab, die Präferenzen der Konsumenten zu verändern. Rechtsnormen transportieren ebenfalls Wertvorstellungen (so genannte „expressive Funktion des Rechts“²⁴⁵) und können deshalb die Präferenzen der Normadressaten verändern.²⁴⁶

²³⁹ Für einen Überblick zu dieser Forschung (die sich nicht nur auf rechtliche Ursachen der Veränderung bezieht) siehe die Beiträge in dem Sammelband *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), *Preference Change* (2009). Siehe auch *Wiater*, Kulturpluralismus als Herausforderung für Rechtstheorie und Rechtspraxis (2009), S. 95–107.

²⁴⁰ Siehe insbesondere *Stigler/Becker*, 67 AER 76 (1977): „De Gustibus Non Est Disputandum“.

²⁴¹ Ausführlich *Varian*, *Intermediate Microeconomics*⁸ (2010), S. 33–72.

²⁴² Ausdrücklich *Varian*, *Intermediate Microeconomics*⁸ (2010), S. 35.

²⁴³ Siehe z.B. *Etzioni*, 14 J. Beh. Econ. 183 (1985); v. *Weizsäcker*, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 3 (2002), 425 ff. Ausführlich *ders.*, *Freedom, Wealth and Adaptive Preferences* (2013).

²⁴⁴ Siehe oben S. 453 f. Kritisch dazu aus ethischer Sicht *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), *Preference Change* (2009), S. 207 ff.

²⁴⁵ Siehe Nachweise S. 452, Fn. 49.

²⁴⁶ Ein Beispiel ist der Insiderhandel. So galt es lange Zeit in Bankenkreisen als legitim, beruflich erworbenes Sonderwissen zum eigenen Vorteil auszunutzen (siehe zu Fällen des Insiderhandels und zur Debatte vor Einführung des gesetzlichen Verbots *Hopt*, ZGR 1991, 17, 18–25). Durch das gesetzliche Verbot des Insiderhandels (§ 14 WpHG) hat sich die Bewertung dieses Verhaltens erheblich gewandelt; vgl. *Kirchner*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen* (1999), S. 108, 111 (strafrechtliche Sanktionierung signalisiert Ernsthaftigkeit der Regelung). Siehe auch die Untersuchung von *Kotsadam/Jakobsson*, 31 Int'l Rev. L. & Econ. 103 (2011) zu Einstellungsveränderungen infolge eines Prostitutionsverbots.

In der praktischen Philosophie wird das Problem sich verändernder Präferenzen unter dem Schlagwort „sour grapes“²⁴⁷ diskutiert:²⁴⁸ Damit wird die Reaktion beschrieben, etwas, das man eigentlich schätzt, von dem man aber realisiert, dass man es nicht erreichen kann, vor sich selbst als weniger wünschenswert darzustellen und so seine eigene Werteordnung dem Machbaren anzupassen.

Eng damit verwandt ist die sozialpsychologische Forschung zum Thema „kognitive Dissonanz“.²⁴⁹ Demnach erleben Menschen, die man dazu bringt, sich in einer Weise zu verhalten, die ihrer Einstellung widerspricht, einen Zustand der „kognitiven Dissonanz“. Die Sozialpsychologie sagt vorher, dass Menschen in einer solchen Situation die Dissonanz reduzieren, indem sie ihre Einstellung ändern. Allerdings kommt es nach der Dissonanztheorie nur dann zu einem Einstellungswandel, wenn äußere Anreize keine hinreichende Rechtfertigung für die Verhaltensänderung bieten.²⁵⁰ Bezogen auf Regulierung legt dies die Voraussage nahe, dass es dann nicht zu einer Einstellungsänderung kommen wird, wenn der Regulierungsadressat sein Verhalten bereits aus Sorge vor rechtlichen Sanktionen ändert.²⁵¹ Dieses Ergebnis ist allerdings für die Regulierungstheorie weniger problematisch als es zunächst den Anschein haben könnte. Denn wie bereits diskutiert, sind in den meisten Lebensbereichen die tatsächlich zu erwartenden Sanktionen so gering, dass davon keine hinreichende Abschreckungswirkung ausgehen kann.²⁵² Daher werden neue regulierende Vorschriften häufig keine hinreichenden äußeren Anreize zu einer Verhaltensänderung bieten. Die Theorie der „kognitiven Dissonanz“ liefert eine schlüssige Begründung dafür, weshalb es

²⁴⁷ Dieser Ausdruck geht zurück auf die Fabel „Der Fuchs und die Trauben“ von Äsop: Ein Fuchs sah einen Weinstock mit schön leuchtenden Trauben. Als er bemerkte, dass er diese nicht erreichen konnte, weil sie zu hoch hingen, sagte er zu sich selbst: „Ich möchte diese Trauben gar nicht, sie sind ohnehin sauer.“

²⁴⁸ Grundlegend *Elster*, *Sour Grapes* (1983), S. 109–140; siehe auch *Colburn*, *Utilitas* 23 (2011), 52 ff.

²⁴⁹ Grundlegend *Festinger*, *A Theory of Cognitive Dissonance* (1957). Für eine Darstellung siehe z. B. *Stroebe*, in: *Jonas/Stroebe/Hewstone* (Hrsg.), *Sozialpsychologie*⁶ (2014), S. 231, 260 f.

²⁵⁰ Ein berühmtes Beispiel ist das Experiment von *Festinger/Carlsmith*, 58 *Journal of Abnormal and Social Psychology* 203 (1959). In diesem Experiment wurden die Teilnehmer dazu gebracht, zu lügen (sie sollten einem ihnen nachfolgenden Teilnehmer der Studie, der sagte, er habe eigentlich keine Zeit, daran teilzunehmen, erzählen, dass die sehr langweilige Tätigkeit, die sie zuvor eine Stunde lang ausüben mussten, sehr interessant sei und sich die Teilnahme lohne). Die Teilnehmer wurden in zwei Gruppen eingeteilt. Während einer Gruppe eine hohe finanzielle Belohnung für die Lüge geboten wurde, erhielten die Mitglieder der anderen Gruppe nur eine symbolische Anerkennung. Hinterher zu ihrer eigenen Einstellung zu der langweiligen Tätigkeit befragt, gaben die Mitglieder der zweiten Gruppe an, die Tätigkeit sei tatsächlich interessant gewesen. Dies wird so gedeutet, dass sie sich selbst von der „Wahrheit“ ihrer Aussage überzeugten, um über das schlechte Gefühl der Lüge hinwegzukommen. Die Teilnehmer, die eine hinreichende Belohnung erhalten hatten, nahmen keine entsprechenden Rechtfertigungsversuche vor.

²⁵¹ Vgl. *Stroebe*, in: *Jonas/Stroebe/Hewstone* (Hrsg.), *Sozialpsychologie*⁶ (2014), S. 231, 264.

²⁵² Siehe oben S. 451.

selbst in solchen Fällen, in denen die ursprünglichen Einstellungen der Bevölkerung dem Regulierungsziel zuwiderlaufen, nicht zu massenhaften Rechtsverletzungen kommt, sondern trotzdem eine erhebliche Regulierungswirkung erzielt werden kann. Damit erweist sich, dass auch solche Faktoren, die rechtlich nicht direkt beeinflusst werden können, häufig einer indirekten Veränderung durch Regulierung zugänglich sind.²⁵³

b. Gründe für das Fehlschlagen von Regulierung

Während bislang die Faktoren untersucht wurden, die zur Erreichung des Regulierungsziels beitragen, geht es nun um Einflüsse, die dem Einsatz eines Regulierungsinstruments entgegenstehen können. Solche Einflüsse können sich einerseits direkt auf das verfolgte Regulierungsziel auswirken, andererseits kann es sich um davon unabhängige Folgen handeln.

aa. Wahl eines ungeeigneten Regulierungsinstruments

Auf den ersten Blick könnte man vermuten, dass Regulierungsziele insbesondere deshalb verfehlt werden, weil sich das gewählte Regulierungsinstrument als ungeeignet erweist.²⁵⁴ Bei Lichte besehen, trifft dies aber meist nicht zu. Regulierungsinstrumente, die tatsächlich zur Verfolgung eines bestimmten Regulierungsziels eingesetzt werden, so dass sich die regulierende Instanz konkrete Vorstellungen darüber gemacht hat, auf welche Weise eine Regulierungswirkung erzielt werden soll, sind nur selten abstrakt völlig ungeeignet, das Regulierungsziel zu erreichen.

Eine völlige Ungeeignetheit ergibt sich am ehesten in Situationen, in denen falsche technische oder naturwissenschaftliche Annahmen über Wirkungszusammenhänge getroffen wurden, die für die Erzielung der Regulierungswirkung notwendig sind. Geht etwa die regulierende Instanz davon aus, dass Schutzhandschuhe ausreichen, um die Übertragung einer bestimmten Krankheit zu verhindern, ordnet dementsprechend das Tragen solcher Handschuhe an und erweist sich aber später, dass der Krankheitserreger auch durch die Atemluft übertragen wird, verfehlt die Regulierung aufgrund der Wahl eines ungeeigneten Regulierungsinstruments ihr Ziel, die Ausbreitung der Krankheit zu verhindern. Jenseits derartiger Irrtümer über naturwissenschaftliche Kausalitäten, fördern die meisten Regulierungsinstrumente die Erreichung des Ziels aber in der einen oder anderen Weise,²⁵⁵ so dass sich nur die Frage stellt, ob andere Instrumente unter Umständen besser geeignet wären.²⁵⁶

²⁵³ Der Gesetzgeber versucht, diesen Effekt gezielt einzusetzen; siehe z.B. BT-Drucks. 15/2573, S. 1: „Die Maßnahmen werden präventiv dazu beitragen, dass ein neues Unrechtsbewusstsein in der Bevölkerung entsteht und dadurch die gesellschaftliche Akzeptanz der Schwarzarbeit deutlich sinkt.“

²⁵⁴ Siehe zum Kriterium der Steuerungsqualität Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 116–118.

²⁵⁵ Zur Relativität von Regulierungszielen siehe bereits oben S. 441 f.

²⁵⁶ Dazu unten S. 504 ff.

Auch in Fällen, in denen das Regulierungsziel vollständig oder weitgehend verfehlt wird, lässt sich der Fehlschlag häufig darauf zurückführen, dass das grundsätzlich geeignete Regulierungsinstrument konkret fehlerhaft ausgestaltet wurde. In diesen Fällen kann eine Nachjustierung dazu führen, dass das Regulierungsziel (für die Zukunft) doch noch erreicht wird, während bei völlig ungeeigneten Regulierungsinstrumenten die Regulierungsstrategie als solche geändert werden muss.

bb. Falsche Kalibrierung von Regulierungsinstrumenten und Gesetzesumgehung

Einer der wichtigsten Gründe, weshalb Regulierung fehlschlägt, besteht darin, dass das eingesetzte Regulierungsinstrument im konkreten Fall fehlerhaft gestaltet ist. Eine solche fehlerhafte Kalibrierung kann entweder dazu führen, dass das Regulierungsinstrument ineffektiv ist und deshalb das angestrebte Regulierungsziel verfehlt oder dass es so ausgestaltet ist, dass es den Regulierungsadressaten ermöglicht, sich durch Gesetzesumgehung der Regulierungswirkung zu entziehen.

Wird der Tatbestand der regulierenden Norm erfüllt, tritt die Regulierungswirkung aber trotzdem nicht ein, ist das Regulierungsinstrument für das betreffende Regulierungsziel fehlerhaft kalibriert. So wird etwa dem gesetzlichen System zur Reduzierung von Treibhausgasen ein praktischer Fehlschlag attestiert, weil den Unternehmen kostenlose Verschmutzungsrechte in einem Umfang zugeteilt werden, der keinerlei wirtschaftliche Anreize setzt, weitreichende Maßnahmen zur Reduzierung des CO₂-Ausstoßes zu treffen.²⁵⁷ Im Bereich des Privatrechts und des Strafrechts können insbesondere überhöhte Beweisforderungen dazu führen, dass Regulierungsinstrumente praktisch leerlaufen. Derartige Fehlschläge lassen sich zwar niemals vollständig vermeiden, sind aber oft vorher absehbar. Insbesondere in Fällen, in denen ein Gesetz das Ergebnis schwieriger politischer Kompromissbildung ist, wird die Effektivität des Regulierungsinstruments häufig durch gezielte Abschwächungen oder Ausnahmen beeinträchtigt.

Von Gesetzesumgehung kann man dagegen sprechen, wenn das Regulierungsinstrument zu einer Tatbestandsvermeidung führt. Die Tatbestandsvermeidung ist allerdings in vielen Fällen – etwa bei strafrechtlichen Verböten – bereits als solche Regulierungsziel, weshalb allein der Umstand, dass Regulierungsadressaten ihr Verhalten mit dem Ziel ändern, den Tatbestand einer regulierenden Rechtsnorm nicht zu erfüllen, noch keine Gesetzesumgehung darstellt.²⁵⁸ Relevantes Kriterium ist vielmehr, ob durch die Tatbestandsvermeidung zugleich das Regulierungsziel verfehlt wird. Damit hängt das Vorliegen einer Gesetzesumgehung weitgehend davon ab, wie das Regulierungsziel genau definiert wird. Wird

²⁵⁷ Beckmann / Fisahn, ZUR 2009, 299, 301 f.

²⁵⁸ Katz, 39 J. Leg. Stud. 1, 6 (2010).

etwa eine Straßenmaut für LKW ab einem Gewicht von 7,5 t eingeführt und ersetzt eine Vielzahl von Spediteuren auf der entsprechenden Strecke anschließend je einen großen LKW durch mehrere mautfreie Kleintransporter, handelt es sich um eine Gesetzesumgehung, wenn es Regulierungsziel ist, insgesamt den Frachtverkehr auf der Strecke zu reduzieren; geht es dagegen darum, lediglich die Zahl schwerer LKWs zu reduzieren, weil von diesen etwa besondere Gefahren für den Straßenbelag ausgehen, wurde das Regulierungsziel erreicht.

Verfolgt ein Regulierungsinstrument mehrere Regulierungsziele, ergibt sich in der Rechtsanwendung die Notwendigkeit, diese Ziele miteinander in Ausgleich zu bringen, wodurch häufig ein bestimmtes Ziel zugunsten anderer Ziele zurückgestuft wird. Dadurch ergeben sich aus Sicht der Regulierungsadressaten vielfältige Möglichkeiten, die Regulierungswirkung zu umgehen, indem unterschiedliche Ziele gegeneinander ausgespielt werden.²⁵⁹ Letztlich belegt das Auftreten von Gesetzesumgehung deshalb stets, dass die regulierende Instanz entweder unterschiedliche Regulierungsziele nicht hinreichend aufeinander abgestimmt oder das Regulierungsinstrument falsch kalibriert hat. Weil sich die tatsächlichen Auswirkungen eines Regulierungsinstruments ex ante niemals vollständig antizipieren lassen, bedeutet dies aber nicht, dass die Gesetzesumgehung oder allgemein die Verfehlung des Regulierungsziels in jedem Fall hätte verhindert werden können.

cc. Unerwünschte Nebenwirkungen

Jedes Regulierungsinstrument kann statt oder neben der angestrebten Regulierungswirkung auch weitere Steuerungseffekte hervorrufen. Derartige Nebenwirkungen können von vornherein absehbar sein oder als Folge einer nicht antizipierten Wirkungsweise des Regulierungsinstruments auftreten.²⁶⁰ Obwohl zwischen diesen beiden Konstellationen erhebliche Unterschiede bestehen, werden sie häufig nicht klar getrennt.²⁶¹ Unvorhergesehen Nebenwirkungen lassen sich per definitionem nicht gänzlich vermeiden;²⁶² allerdings können durch empirische Erfahrungen und theoretische Analyse von Regulierungsinstrumenten die Prognosefähigkeiten der regulierenden Instanz so gestärkt werden, dass es seltener zu solchen Effekten kommt. Im vorliegenden Kontext geht es aber vor allem um den Umgang mit antizipierten unerwünschten Nebenwirkungen.²⁶³

²⁵⁹ Ausführlich dazu *Katz*, 39 J. Leg. Stud. 1, 11–25 (2010).

²⁶⁰ An dieser Stelle geht es nur um Nebenwirkungen für Regulierungsadressaten, nicht für den Staat. Für ein umfassenderes Konzept, das auch Nebenwirkungen für den Staat einschließt, siehe die Auflistung der „Nebenbedingungen“ bei *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 115.

²⁶¹ Vgl. z.B. *T. Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*⁶ (2013), S. 255 f.

²⁶² Für ein Beispiel siehe die Studie von *Carpenter/ Stehr*, 54 J. L. & Econ. 305 (2011), wonach die Einführung einer Fahrradhelmpflicht in mehreren US-Bundesstaaten dazu geführt hat, dass viele Jugendliche gänzlich auf das Fahrradfahren verzichten.

²⁶³ Siehe dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht *Engel*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 113–132.

Regulierungswirkungen und antizipierte unerwünschte Nebenwirkungen basieren auf den gleichen tatsächlichen Faktoren. Sie unterscheiden sich lediglich dadurch, dass Regulierungswirkungen von der regulierenden Instanz gewollt sind, die Nebenwirkungen dagegen nicht. Sieht der Gesetzgeber bestimmte unerwünschte Nebenwirkungen vorher, steht er vor der Entscheidung, diese mit (weiteren) Gegenmaßnahmen möglichst einzudämmen, das Regulierungsinstrument unter Inkaufnahme dieser Nebenwirkungen einzusetzen oder stattdessen ein anderes Regulierungsinstrument zu wählen. Unerwünschte Nebenfolgen sind ein wichtiger Grund, weshalb in der Praxis häufig nicht solche Regulierungsinstrumente gewählt werden, deren Regulierungswirkung als solche einfach und sicher erscheint.

Ein Beispiel kann dies verdeutlichen: So wäre es z. B. ein sehr wirksames Regulierungsinstrument, Kassierern und Verkäufern in Ladengeschäften als Schutz vor Überfällen oder Diebstählen das Tragen von Schusswaffen zu erlauben. Dies würde allerdings vorhersehbar zu Missbräuchen und möglicherweise sogar zu Situationen führen, in denen die Täter auch noch diese Schusswaffen erbeuten und ggf. gegen die Verkäufer verwenden. Zur Lösung des Problems sind mehrere Möglichkeiten denkbar: Die regulierende Instanz könnte etwa versuchen, durch Gegenmaßnahmen den Effekt der Nebenwirkung möglichst einzudämmen. In diesem Sinne könnten z. B. nur Schreckschusswaffen zugelassen werden, von denen keine Verletzungsgefahr ausgeht. Dies würde aber die Regulierungswirkung selbst infrage stellen, da sich die Regulierungsadressaten (die potentiellen Täter) von Schreckschusswaffen nicht mehr abschrecken lassen. Die regulierende Instanz könnte stattdessen – wie dies etwa die Waffengesetze einiger US-Bundesstaaten tun – die Nebenwirkungen einfach in Kauf nehmen. Schließlich bleibt die Möglichkeit, wegen der antizipierten Nebenwirkung ganz auf den Einsatz des Regulierungsinstruments verzichten und stattdessen weniger effektive Instrumente zu wählen.

c. Vergleich von Regulierungsinstrumenten

Nachdem bislang die Erfolgsfaktoren und mögliche Fehlerursachen für einzelne Regulierungsinstrumente untersucht wurden, sollen abschließend Kriterien herausgearbeitet werden, die einen abstrakten Vergleich von Regulierungsinstrumenten anleiten können.²⁶⁴ Sodann soll anhand eines Beispiels die Anwendung der erarbeiteten Kriterien in Abgrenzung zum rechtsökonomischen Instrumentenvergleich demonstriert werden.

²⁶⁴ Für einen Vergleich aus der Entscheidungssituation des Gesetzgebers siehe unten S. 565 ff.

aa. Vergleichskriterien

Je nach konkretem Erkenntnisinteresse lassen sich Regulierungsinstrumente in vielerlei Hinsichten vergleichen. Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts haben etwa eine Vielzahl an Veröffentlichungen vorgelegt, die einzelne Regulierungsinstrumente einem Kosten-Nutzen-Vergleich unter den normativen Annahmen der ökonomischen Analyse unterziehen, denenzufolge allein die sozialen Kosten/Nutzen relevant sind.²⁶⁵ Die Ergebnisse derartiger Vergleiche können nur dann direkt in die Rechtsanwendung übertragen werden, wenn der Gesetzgeber in einem bestimmten Regulierungsbereich die Minimierung sozialer Kosten als wichtigstes, zumindest aber zulässiges Kriterium vorgegeben hat bzw. bei neuer Gesetzgebung die Minimierung sozialer Kosten als wesentliche Determinante ansieht. Andernfalls muss zunächst überprüft werden, inwieweit die Forschungsergebnisse der ökonomischen Analyse ihre Gültigkeit behalten, wenn etwa die bestmögliche Erreichung eines Regulierungsziels, unabhängig von den dadurch verursachten sozialen Kosten, Leitfaden der Regulierung sein soll.

Vorliegend sollen deshalb Vergleichskriterien entwickelt werden, die einen genuin rechtswissenschaftlichen, funktionalen Vergleich von Regulierungsinstrumenten ermöglichen. Dieser orientiert sich nicht nur primär an rechtlichen Kategorien, sondern bezieht auch rechtliche Rahmenbedingungen – seien sie normativer Art (wie etwa unions- oder verfassungsrechtliche Vorgaben) oder praktischer Natur (wie etwa die Eigenheiten unterschiedlicher Gerichtszweige) – in die Betrachtung ein. Die Ergebnisse solcher funktionaler Vergleiche zeichnen sich deshalb dadurch aus, dass sie für die Rechtsanwendung und die Gesetzgebung verwendet werden können. Hier wird vorgeschlagen, die Kriterien für einen funk-

²⁶⁵ Siehe z.B. *Alesina/Passarelli*, 110 J. Pub. Econ. 147 (2014) (öffentlich-rechtliche Regulierung vs. Lenkungssteuern); *Calabresi/Melamed*, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972) (übertragbare Eigentumsrechte vs. Haftungsregeln vs. unentziehbare Rechte); *Fell/MacKenzie/Pizer*, 34 Resource and Energy Economics 607 (2012) (Lenkungssteuern/Preise vs. Quantitätsregulierung vs. Quantitätsregulierung mit handelbaren Quantitäten); *Galle*, 92 Tex. L. Rev. 837 (2014) (Lenkungssteuern vs. öffentlich-rechtliche Regulierung vs. Nudges); *Kaplow/Shavell*, 4 Am. L. & Econ. Rev. 1 (2002) (Lenkungssteuern vs. Quantitätsregulierungen); *Klöhn*, in: Schulze (Hrsg.), *Compensation of Private Losses* (2011), S. 179 ff. (private vs. öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung); *Posner*, in: Kessler (Hrsg.), *Regulation versus Litigation* (2011), S. 11 ff. (öffentlich-rechtliche Regulierung vs. Haftung); *Schwartzstein/Shleifer*, 56 J. L. & Econ. 1 (2013) (Produktregulierung vs. Produkthaftung); *Shavell*, 9 J. Leg. Stud. 1 (1980) (Gefährdungshaftung vs. Fahrlässigkeitshaftung); *ders.*, 13 J. Leg. Stud. 357 (1984) (Haftungsrecht vs. öffentlich-rechtliche Regulierung); *ders.*, 53 J. L. & Econ. 1 (2010) (Enteignung vs. Kauf durch den Staat); *ders.*, 54 J. L. & Econ. S249 (2011) (Lenkungssteuern vs. Haftung); *ders.*, 42 J. Leg. Stud. 275 (2013) (Fahrlässigkeitshaftung vs. öffentlich-rechtliche Regulierung); *Viscusi*, in: Buckley (Hrsg.), *The American Illness* (2013), S. 270 ff. (öffentlich-rechtliche Regulierung vs. Lenkungssteuern vs. Haftung); *White/Wittman*, 12 J. Leg. Stud. 413 (1983) (Lenkungssteuern vs. öffentlich-rechtliche Regulierung vs. Haftung).

tionalen Vergleich von Regulierungsinstrumenten in fünf Gruppen zu ordnen, die in der folgenden Tabelle 1 zusammenfassend dargestellt und anschließend im Einzelnen erläutert werden.²⁶⁶

Tabelle 1: Kriterien für einen funktionalen Vergleich von Regulierungsinstrumenten.

Funktionsweise	– Rechtsbefolgung – Rechtsdurchsetzung – Interventionszeitpunkt – Entdeckungswahrscheinlichkeit
Reichweite	– Eignung zur Steuerung externer Effekte – Grenzüberschreitende Einsetzbarkeit
Institutionelle Einbettung	– Rechtsdurchsetzer – Ermessen- oder Verhandlungsspielraum – Träger des Ermessens
Informationsbedarf und Komplexität	– Informationsbedarf des Gesetzgebers – Eignung zur Verfolgung multipler Regulierungsziele – Informationsbedarf des Rechtsdurchsetzers ex ante – Informationsbedarf des Rechtsdurchsetzers ex post
Kosten	– Kosten der Gesetzgebung – Kosten der Rechtsbefolgung (Compliance-Kosten) – Kosten der Rechtsdurchsetzung – Tragung der Rechtsdurchsetzungskosten

Im Bereich der Funktionsweise lassen sich Regulierungsinstrumente etwa im Hinblick auf die Bedeutung von *Rechtsbefolgung* und ihren Zusammenhang mit der Regulierungswirkung vergleichen. So bedeutet Rechtsbefolgung bei einem öffentlich-rechtlichen Verbotsgesetz, dass die entsprechende Handlung nicht vorgenommen wird, während bei der Gefährdungshaftung der Haftpflichtige das Recht auch dann befolgt, wenn er die Handlung vornimmt und dafür Schadensersatz leistet.²⁶⁷ Ein weiteres Vergleichskriterium ist die Form der pri-

²⁶⁶ Je nach konkretem Erkenntnisinteresse sind nicht alle diese Gruppen relevant oder es müssen zusätzliche Kriterien oder Kriteriengruppen herangezogen werden.

²⁶⁷ Nach h.M. setzt die Gefährdungshaftung keine Rechtswidrigkeit voraus. Dies trifft jedenfalls insoweit zu, als sie kein Handlungsunrecht erfordert; ausführlich zum Ganzen Wagner, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), Vor §§ 823 ff. Rn. 19–21 m. w. N.

mären und sekundären *Rechtsdurchsetzung*. So kennt etwa das Strafrecht lediglich die Sanktionierung normwidrigen Verhaltens (als eine Form der sekundären Rechtsdurchsetzung), während im Privatrecht negatorische Rechtsdurchsetzung und Schadensersatz kombiniert werden können. Wiederum ergeben sich unterschiedliche Eignungen zur Erzielung einer Regulierungswirkung. Ebenfalls Teil der Funktionsweise ist die Frage des *Interventionszeitpunkts*. Während etwa Verwaltungsakte und vorbeugende Unterlassungsansprüche den Regulierungsadressaten vor Vornahme der Handlung erreichen, greifen Schadensersatz und Strafrecht erst ein, nachdem die Handlung entgegen dem Regulierungsziel vorgenommen wurde, so dass die Regulierungswirkung nur spezialpräventiv oder generalpräventiv erreicht werden kann. Einen engen Zusammenhang mit dem Interventionszeitpunkt weist die Frage der *Entdeckungswahrscheinlichkeit* (bezogen auf die Verfehlung der Regulierungswirkung) auf. So ist etwa bei einer Lenkungssteuer – abgesehen von Fällen der Steuerhinterziehung – klar erkennbar, dass und in welchem Umfang die besteuerte Tätigkeit vorgenommen wird. Auch beim privatrechtlichen Schadensersatz wird der Geschädigte in vielen Konstellationen (insbesondere im Wirtschaftsverkehr) den Schaden und den Schädiger bemerken. Demgegenüber bleiben viele Straftaten unaufgeklärt und auch im Bereich des Aufsichtsrechts können die Behörden nur wenige, besonders repräsentative Fälle (etwa bei Strompreiserhöhungen oder Anlageberatung) eingehend untersuchen.

Unter dem Schlagwort der Reichweite lassen sich Regulierungsinstrumente etwa im Hinblick darauf vergleichen, ob sie geeignet sind, *externe Effekte auf Dritte* zu steuern. So besteht beim privatrechtlichen Schadensersatz die Gefahr, dass der Regulierungsadressat solchen privaten Klägern, deren Klage aussichtsreich erscheint, Ersatz leistet, gegenüber anderen Betroffenen aber weiter Rechtsverstoße begeht, die so lukrativ sind, dass trotz der einzelnen Schadensersatzzahlungen das Regulierungsziel verfehlt wird. Demgegenüber kann eine Behörde einem Regulierungsadressaten anlässlich eines einzigen Rechtsverstoßes aufgeben, seine gesamte Praxis in vergleichbaren Fällen zu ändern. Lenkungssteuern zielen darauf ab, den Handelnden dazu zu bringen, negative Externalitäten vollständig zu internalisieren, was bei einer bloßen Schadensersatzpflicht aufgrund fehlender Erstreckung von Urteilen auf Dritte sowie der häufig geringen Höhe einzelner Ansprüche nicht möglich wäre. Auch eine Frage der Reichweite von Regulierungsinstrumenten ist die *grenzüberschreitende Einsetzbarkeit*. So sind etwa Behörden grundsätzlich darauf beschränkt, Hoheitsgewalt im Inland auszuüben, während im Inland erstrittene Zivilurteile meistens auch gegenüber ausländischen Beklagten im Ausland vollstreckt werden können. Bei einer Lenkungssteuer hängt der internationale Zugriff davon ab, in welcher Beziehung ein möglicher Steuerpflichtiger zu dem regulierenden Staat steht, ob der Steuerpflichtige etwa eine Betriebsstätte im Inland unterhält.

Unter dem Schlagwort institutionelle Einbettung kann man Regulierungsinstrumente etwa danach hin vergleichen, welche Staatsorgane und weitere Per-

sonen als *Rechtsdurchsetzer* tätig werden. So wird öffentlich-rechtliche Regulierung durch Behörden und Verwaltungsgerichte durchgesetzt, die weitreichende Ermittlungs- und Zwangskompetenzen besitzen, während privatrechtliche Regulierungsinstrumente von Privatleuten oder Unternehmen vor Zivilgerichten geltend gemacht werden müssen. Vor Zivilgerichten sind im Regelfall die Kläger für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen beweispflichtig, ohne sich die entsprechenden Informationen aufgrund hoheitlicher Kompetenzen beschaffen zu können. Ist eine strafrechtliche Sanktionierung möglich, kommen potentiell Beschuldigten weitreichende Aussageverweigerungsrechte zu, die ihnen als Zeugen in einem Zivilprozess (ohne die Gefahr anschließender Verfolgung) nicht zustünden. Ebenfalls zur institutionellen Einbettung zählt die Frage, welchen Entscheidungsvorgaben der Rechtsdurchsetzer unterliegt, ob ihm etwa ein *Ermessens- oder Verhandlungsspielraum* zukommt. So basieren Lenkungssteuern auf der Prämisse, dass Bemessungsgrundlage und Steuertarif für alle Steuerpflichtigen gleich anzuwenden sind, während etwa Bußgeldstellen ein Ermessen haben, ob im Einzelfall die Verhängung einer Sanktion unterbleiben soll, etwa wenn keine Wiederholungsfahrgefahr droht. Private, denen regulatorische Ansprüche eingeräumt werden, haben einen weiten Verhandlungsspielraum und können teilweise den einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab bereits ex ante privatautonom modifizieren, in jedem Fall aber nach Entstehung des konkreten Anspruchs entscheiden, ob und inwieweit sie diesen geltend machen oder ob sie sich vergleichsweise einigen wollen. Je nachdem, welcher *Person* ein solcher Ermessens- oder Verhandlungsspielraum zukommt und welchen rechtlichen Pflichten diese Person unterliegt (Legalitätsprinzip; organschaftliche Pflicht, Ansprüche der Gesellschaft durchzusetzen; Privatautonomie) ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die Regulierungswirkung.

Informationsbedarf und Komplexität sind die Kehrseiten derselben Medaille. So kann man Regulierungsinstrumente mit Blick auf den *Informationsbedarf des Gesetzgebers* vergleichen.²⁶⁸ Dieser ist etwa bei Lenkungssteuern enorm hoch, weil die gesamte Regulierungswirkung bereits durch die richtige Bestimmung von Bemessungsgrundlage und Steuertarif determiniert wird. Demgegenüber kann sich der Gesetzgeber im Verwaltungsrecht oder Privatrecht darauf beschränken, Zielvorgaben festzulegen, die dann von der Verwaltung oder den Zivilgerichten ausgefüllt werden. Der Informationsbedarf und die Komplexität hängen wesentlich davon ab, ob Regulierungsinstrumente *einfache oder multiple Regulierungsziele* verfolgen sollen. Lässt sich das Regulierungsziel anhand einer einzelnen quantitativen Variable bestimmen (z. B. mehr Kindergartenplätze; weniger FCKW-Ausstoß), ist eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente geeignet. Geht es dagegen um qualitative Vorgaben (z. B. angemessene Beratung; Schaffung einer sozialverträglichen Bevölkerungsstruktur) erhöhen sich

²⁶⁸ Allgemein zum Informationsproblem des Gesetzgebers z. B. Häusermann, RW 2015, 49, 62–72.

Komplexität und Informationsbedarf erheblich, so dass nur noch wenige Regulierungsinstrumente in Betracht kommen. Nicht nur der Gesetzgeber hat je nach Regulierungsinstrument einen verschiedenen hohen Informationsbedarf, ein weiteres Vergleichskriterium ist der *Informationsbedarf des Rechtsdurchsetzers*. Dabei kann man einerseits die für die primäre Rechtsdurchsetzung benötigten Informationen vergleichen. So benötigen etwa Aufsichtsbehörden eine Vielzahl an Informationen, um im Einzelfall sachgerechte Verwaltungsakte zu erlassen bzw. informelle Anweisungen zu erteilen. Auch beim privatrechtlichen negatorischen Rechtsschutz besteht ein hohes Informationsbedürfnis ex ante. Der Informationsbedarf ex post, d. h. bei der sekundären Rechtsdurchsetzung, ist dagegen bei fast allen Regulierungsinstrumenten hoch, da zunächst einmal der Rechtsverstoß entdeckt und etwaige Sorgfaltspflichtverletzungen oder sonstige Verschuldensvoraussetzungen ermittelt werden müssen. Lediglich bei einer Lenkungssteuer (ohne Steuerhinterziehung) erhält der Staat die notwendigen Informationen in Form einer Steuererklärung direkt geliefert. Auch bei der Gefährdungshaftung besteht ein relativ geringes Informationsbedürfnis; dieses bezieht sich vorrangig auf die Kausalität der Verletzung durch den Haftpflichtigen. Insgesamt gilt, dass solche Regulierungsinstrumente, die bereits im Gesetzgebungsstadium durch einen hohen Informationsbedarf und ein hohes Maß an Komplexität geprägt sind, fehleranfälliger sind als solche, die die Informationsermittlung auf das Stadium der Rechtsdurchsetzung verlagern. Dies liegt daran, dass der Rechtsdurchsetzer nur mit einem konkreten Einzelfall konfrontiert ist, während der Gesetzgeber Informationen zu sämtlichen erfassten Fallkonstellationen benötigt, um diese sachgerecht regeln zu können. Die Gefahr einer Verlagerung der Informationsermittlung in die Rechtsdurchsetzung besteht aber darin, dass die Konsistenz des Regulierungsansatzes verloren geht, wenn – insbesondere bei der Befassung unterschiedlicher Behörden oder Gerichte – die jeweiligen Einzelfallentscheidungen nicht aufeinander abgestimmt sind.

Im Bereich der Kosten lassen sich zunächst die *Kosten der Gesetzgebung* vergleichen. Diese hängen wesentlich mit der Komplexität des Regulierungsinstrumentes und dem gesetzgeberischen Informationsbedarf zusammen. Tendenziell geringe Kosten verursachen privatrechtliche und strafrechtliche Gesetze, insbesondere wenn der Gesetzgeber privatrechtliche Generalklauseln einsetzt. Dagegen müssen zur richtigen Kalibrierung von Lenkungssteuern etwa umfangreiche Sachverständigengutachten eingeholt werden. Ein weiteres Vergleichskriterium sind die durch verschiedene Regulierungsinstrumente verursachten *Compliance-Kosten* beim Regulierungsadressaten. Damit sind nicht wirtschaftliche Verluste gemeint, die daraus entstehen können, dass sich der Regulierungsadressat regulierungszielkonform verhält und z. B. teurere alternative Energiequellen anstatt von Kohle- oder Atomstrom verwendet. Derartige Kosten sind die Nachteile des Regulierungsziels, die die regulierende Instanz (in der Regel der Gesetzgeber) im Rahmen einer politischen Abwägung den erhofften Vorteilen der Zielerreichung gegenüber stellen muss. Als Compliance-Kosten sollen

demgegenüber solche Kosten gelten, die durch die Implementierung der Rechtsbefolgung bei Regulierungsadressaten entstehen (dies ist vor allem relevant im Unternehmensbereich). Tendenziell werden durch privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Regulierungsinstrumente besonders hohe Compliance-Kosten entstehen, da diese Regulierungsinstrumente auf die Umstände konkreter Einzelfälle zugeschnitten werden können. Demgegenüber verursachen Lenkungssteuern verhältnismäßig wenig Compliance-Kosten; diese erschöpfen sich im Wesentlichen darin, den Umfang der besteuerten Tätigkeit zu dokumentieren und periodisch in Form einer Steuererklärung an die Finanzverwaltung zu melden. Ein weiteres Vergleichskriterium sind die *Kosten der Rechtsdurchsetzung*, also die mit dem Aufbau und Erhalt einer Behörde verbundenen Kosten im Vergleich zu den Kosten des Zivilgerichtssystems (für den Staat und – vermittelt durch gesetzliche Kostenregelungen – für die Privaten), den Kosten der Strafverfolgung und den Kosten der Administration von Lenkungssteuern. Ein wichtiges relevantes Kriterium ist die *Person des Kostenträgers*. Zwar ändert sich die gesamtwirtschaftliche Belastung durch die Person des Kostenträgers nicht, weil den Staat treffende Kosten von der Allgemeinheit in Form von Steuern getragen werden müssen. Aus der Perspektive des Regulierungsadressaten kann aber die Aussicht, die Kosten der Rechtsdurchsetzung in erheblichem Umfang selbst tragen zu müssen, die Regulierungswirkung bestimmter Regulierungsinstrumente verstärken.²⁶⁹ Während der Staat den Großteil der Kosten öffentlich-rechtlicher Rechtsdurchsetzung selbst trägt und diese nur in Einzelfällen mittels Gebühren auf Private überwälzt, werden die Kosten einer privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung zu einem erheblichen Anteil von Privaten getragen. Zudem entstehen privatrechtliche Rechtsdurchsetzungskosten regelmäßig nur im Schadensfalle, während etwa eine aufsichtsrechtliche Überwachung laufende Kosten produziert.²⁷⁰ Kommt es zu einer außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Privatrecht, entstehen für den Staat keinerlei Kosten, aber auch bei der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung tragen die Parteien die Anwaltskosten und beteiligen sich über die Gerichtskosten an den staatlichen Administrationskosten.

Auf Grundlage dieser und ggf. weiterer Vergleichskriterien lässt sich bei einem vorgegebenen Regulierungsziel ein Kosten-Nutzen-Vergleich unterschiedlicher Regulierungsinstrumente anstellen. Da ein solcher Vergleich nicht am ökonomischen Kriterium der sozialen Wohlfahrt orientiert sein muss, handelt es sich nicht (zwingend) um die aus der ökonomischen Analyse des Rechts bekannte Cost-Benefit-Analyse, sondern um eine genuin rechtswissenschaftliche Betrachtung von Vor- und Nachteilen unterschiedlicher Regulierungsinstrumente.

²⁶⁹ Siehe zur Einbeziehung von Kostenerwägungen (orientiert am US-Recht) bei der Bestimmung des optimalen Schadens aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts *Po-linsky/Shavell*, 37 Int'l Rev. L. & Econ. 86 (2014).

²⁷⁰ Zu diesem Unterschied ausführlich *Shavell*, 42 J. Leg. Stud. 275 (2013).

bb. Beispiel: Umverteilung mittels Privatrecht versus Umverteilung mittels Steuer- und Sozialrecht

Anhand eines Beispiels soll die Funktionsweise eines funktional-rechtswissenschaftlichen Vergleichs unter Verwendung der eben entwickelten Kriterien demonstriert und zugleich der Unterschied zu einem ökonomischen Cost-Benefit-Vergleich aufgezeigt werden. Verglichen werden sollen privatrechtliche Regulierungsinstrumente und das Steuer- und Sozialrecht als Mittel, Vermögens(-um-)verteilung zu bewirken.²⁷¹ Hintergrund dieses Vergleichs ist, dass es in der ökonomischen Analyse des Rechts seit einem Beitrag von *Kaplow/Shavell* als grundlegende Einsicht gilt, dass die Einkommensteuer und das Sozialrecht besser zur Umverteilung geeignet seien als andere Regulierungsinstrumente, insbesondere das Privatrecht.²⁷² Ihr Argument lautet, dass die Einkommensteuer zwar einen negativen Einfluss auf die Arbeitsanreize ausübe, dass aber eine umverteilende Regulierung die Arbeitsanreize durch den Vermögenstransfer in gleicher Weise störe, zusätzlich jedoch einen Wohlfahrtsverlust herbeiführe, indem das der Regulierung zugrunde liegende Sachproblem – durch die umverteilende Zielsetzung der Norm – ineffizient gelöst wird.²⁷³

Vergleicht man die beiden Regulierungsinstrumente(ntypen) anhand der hier vorgeschlagenen Kriterien, fällt zunächst auf, dass Steuer- und Sozialrecht letztlich wie Instrumente sekundärer Rechtsdurchsetzung wirken. Zunächst kommt es zu einer bestimmten Vermögensverteilung und erst in einem zweiten Schritt erfolgt die *Umverteilung* durch Einkommensteuer und Sozialrecht. Demgegenüber kann privatrechtliche (und auch verwaltungsrechtliche) Regulierung sowohl ex ante die Vermögensverteilung beeinflussen als auch ex post Vermögen umverteilen. Sofern eine unerwünschte Vermögensverteilung das Ergebnis einer öko-

²⁷¹ Der Begriff der Vermögens(-um-)verteilung bleibt hier bewusst offen, da es gerade darum geht, zu zeigen, welche unterschiedlichen Formen der Beeinflussung durch die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente erreicht werden können. Es geht an dieser Stelle auch nicht darum, zu begründen, ob und welche Beeinflussung der Vermögensverteilung durch das Recht wünschenswert ist. Dies sind politische Fragen. Anders ist dazu die Haltung der ökonomischen Analyse, der durch das Konzept der sozialen Wohlfahrt eine implizite Annahme darüber zugrunde liegt, wie und in welchem Umfang Umverteilung betrieben werden sollte; vgl. *Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics* (2008), S. 151–156 und passim.

²⁷² *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667 (1994); zuvor bereits *Shavell*, 71 AER 414 (1981). Dem folgend etwa *Cooter/Ulen*, *Law & Economics*⁶ (2012), S. 7 f.; *Polinsky*, *An Introduction to Law and Economics*⁴ (2011), S. 159; *Posner*, *Economic Analysis of Law*³ (2014), S. 731; *Weisbach*, 70 U. Chi. L. Rev. 439 (2003); siehe auch *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 289–293.

Diese Annahme ist zugleich die normative Rechtfertigung dafür, weshalb das Privatrecht aus Sicht der ökonomischen Analyse ausschließlich am Effizienzziel ausgerichtet werden sollte, ohne distributive Folgen zu berücksichtigen. Siehe dazu bereits oben S. 32 f., Fn. 127.

²⁷³ Bildlich gesprochen führt Umverteilung durch Steuern demnach dazu, dass ein Teil des Kuchens von A zu B transferiert wird, während umverteilende Regulierung ebenfalls diesen Transfer bewirkt, aber zusätzlich verhindert, dass der Kuchen so groß wird wie dies bei optimaler Regulierung möglich wäre.

nomischen Rente²⁷⁴ – etwa der Ausnutzung eines Monopols oder einer Informationsasymmetrie – ist, lässt sie sich durch privatrechtliche Regulierung direkt verhindern, während die Einkommensteuer sämtliche Gewinne gleichermaßen belastet und damit die Arbeitsanreize reduziert.²⁷⁵

Der nächste Unterschied im Bereich der Funktionsweise besteht darin, dass mittels privatrechtlicher Regulierungsinstrumente eine sehr viel zielgenauere Umverteilung möglich ist als mittels der Einkommensteuer und des Sozialrechts; so kann etwa mittels Privatrecht von Vermietern zu Mietern, von berufstätigen geschiedenen Ehemännern zu arbeitslosen geschiedenen Ehefrauen oder von Alleinerben zu enterbten Geschwistern umverteilt werden, während die Einkommensteuer nur eine allgemeine Umverteilung von Reich zu Arm (genauer: von hohen Einkommen zu niedrigen Einkommen) ermöglicht. Demgegenüber behaupten *Kaplow/Shavell*, dass die Umverteilung mittels Einkommensteuer/Sozialrecht stets überlegen sei, weil sich ein Wohlfahrtsgewinn allein dadurch erzielen lasse, dass eine ineffiziente, umverteilende Privatrechtsnorm durch eine effiziente Privatrechtsnorm ersetzt wird, kombiniert mit einer Anpassung der Einkommensteuer, welche die gleiche distributive Situation wie unter der umverteilenden Privatrechtsnorm herstellt.²⁷⁶ Dies ist nur theoretisch denkbar,²⁷⁷ praktisch aber in keinem vorstellbaren Fall zu implementieren.²⁷⁸ Denn in der Realität sind verschiedene Personen stets in unterschiedlichem Umfang von den distributiven Folgen der Ersetzung einer umverteilenden Privatrechtsnorm durch eine effiziente, distributionsneutrale Privatrechtsnorm betroffen. Für einen vollständigen Ausgleich der distributiven Effekte der Reform wäre es deshalb erfor-

²⁷⁴ Eine ökonomische Rente ist die Differenz zwischen dem tatsächlichen Preis eines Gutes und dem Minumpreis, zu dem das Gut kostendeckend angeboten werden könnte; vgl. *Varian*, *Intermediate Microeconomics*⁸ (2010), S. 424.

²⁷⁵ Dies ist im Kern das Argument von *de Geest*, *Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality* (2014), S. 8–10 und passim für die Überlegenheit (privatrechtlicher) Regulierung.

²⁷⁶ *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 669–674 (1994).

²⁷⁷ *Kaplow/Shavell* verwenden das Beispiel einer allgemeinen verschuldensunabhängigen Haftung für Unfälle, die aus Gründen der Umverteilung die Höhe der Ersatzpflicht von den Einkommen des Schädigers und des Opfers abhängig macht. In einem solchen Beispiel, in dem annahmegemäß alle in gleichem Umfang potentielle Schädiger und Geschädigte sind, lässt sich der Übergang zu einem effizienten Gefährdungshaftungsregime, welches die Ersatzpflicht nur an den tatsächlichen Schäden ausrichtet (zur Effizienz dieses Haftungsinstrument unter dem Gesichtspunkt der optimalen Sorgfalt siehe oben S. 464), allein durch eine Anhebung des (bei *Kaplow/Shavell* aus diesem Grund linearen) Steuer- und Transfertarifs distributionsneutral kompensieren; vgl. *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 672 (1994).

²⁷⁸ Auch im Beispiel der Unfallhaftung von *Kaplow/Shavell* sind in der Realität Menschen in unterschiedlichem Umfang den Gefahren von Unfällen ausgesetzt und es geht von ihnen ein unterschiedlich großes Risiko aus, andere zu schädigen. Deshalb ist die Annahme, dass alle Menschen die gleichen erwarteten Kosten für Sorgfaltsaufwendungen, erlittene Schäden und erhaltenen Schadensersatz abzüglich bezahlten Schadensersatz haben (so *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 669 (1994)), in höchstem Maße unplausibel und nur mit dem Ziel der Argumentationsvereinfachung zu rechtfertigen.

derlich, den individuellen Steuertarif bzw. die Sozialleistungen jeder betroffenen Person im Umfang ihrer persönlichen Betroffenheit anzupassen.²⁷⁹ Da derartige personenbezogene Steuertarife praktisch aufgrund der damit verbundenen immensen Informationsanforderungen und Verwaltungskosten nicht möglich sind, bleibt nur eine generelle Umverteilung nach Bedürftigkeit.²⁸⁰ Dies wäre allerdings dann unproblematisch, wenn sich auf lange Sicht die distributiven Vor- und Nachteile eines Übergangs zu ausschließlich am Effizienzziel orientierten Regulierungen auf Ebene jedes Einzelnen ausbalancieren würden. Tatsächlich ist es aber sehr viel plausibler anzunehmen, dass die mit Effizienzverbesserungen verbundenen distributiven Begleiterscheinungen einseitig Personen im oberen Einkommensbereich – insbesondere (großen) Unternehmen und ihren Anteilseignern – zukommen werden,²⁸¹ während insbesondere die Mittelschicht benachteiligt wird.²⁸² Damit lässt sich im Ergebnis durch eine alleine am Effizienzziel orientierte privatrechtliche Regulierung in Verbindung mit einer Anpassung der Einkommensteuer nicht das gleiche distributive Ergebnis erzielen wie bei Ein-

²⁷⁹ Dieser Teil des Problems wird in dem ursprünglichen Paper nicht weiter ausgeführt, *Kaplow* hat aber später ein Buch zur Besteuerungstheorie vorgelegt, das Lösungen für diese Konstellation enthält. Darin schlägt er in einem ersten Schritt tatsächlich einen solchen individualisierten Ausgleich vor, allerdings nur als Gedankenexperiment, um die Effizienzauswirkungen einer Rechtsänderung isoliert evaluieren zu können; vgl. *Kaplow*, *The Theory of Taxation and Public Economics* (2008), S. 25–34. In einem zweiten analytischen Schritt wird dann die tatsächlich folgende Umverteilung festgelegt und (ausgehend von der umverteilungsneutralen Anpassung) implementiert. Die tatsächliche Umverteilung soll sich nach *Kaplow* an dem Ideal eines integrierten Besteuerungs- und Umverteilungsplans orientieren, welcher sämtliche Zahlungen an den Staat und sämtliche staatlichen Leistungen in einer Funktion zusammenfasst, um so für jeden Bürger die optimale Steuer oder Sozialleistung zu bestimmen; vgl. ebd., S. 53–57, 151–156. Die Einzelheiten dieses Systems sind im vorliegenden Zusammenhang unwichtig, es genügt festzuhalten, dass die Besteuerung/Umverteilung Maßstäben folgt, die auf das Leistungspotential des Einzelnen in einer Gesamtbetrachtung abstellen.

²⁸⁰ Demgegenüber kommt privatrechtlicher Regulierung ein genuiner Informationsvorteil zu, weil etwa im Rechtsstreit um eine Unterhaltspflicht oder die Kündigung einer Mietwohnung alle insoweit relevanten Umstände vorgetragen werden, während die Finanzverwaltung, um dieselben Umstände berücksichtigen zu können, diese zunächst für die Gesamtbevölkerung erheben müsste.

²⁸¹ Der Grund dafür ist, dass Skalenvorteile eine wichtige Ursache für Effizienzgewinne sind. Da die meisten Menschen nur eine Wohnung mieten, viele Vermieter aber mehrere Wohnungen vermieten, ist es *ceteris paribus* effizient, mietrechtliche Regelungen (etwa Kündigungsrechte) an den Interessen des Vermieters auszurichten. Entsprechendes gilt für das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Unternehmern und Verbrauchern. Wohlfahrtsökonomisch effiziente Privatrechtsnormen führen deshalb tendenziell dazu, dass Effizienzgewinne bei Vermietern, Arbeitgebern und Unternehmern anfallen. Siehe auch oben S. 468, Fn. 106.

²⁸² Zwar bezahlen Vermieter, Arbeitgeber und Unternehmer höhere Einkommensteuern. Allerdings sind im Gegenzug nur ein Bruchteil der Mieter, Arbeitnehmer und Verbraucher Empfänger von Sozialleistungen. Die durch die Effizienzgewinne höheren Gesamteinnahmen führen zwar dazu, dass – bei gleich bleibenden Sozialleistungen – die Einkommensteuer für alle gesenkt werden kann (vgl. *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 668 (1994)). Die Mittelschicht profitiert von dieser Steuersenkung aber in einem geringeren Maße als die Bezieher hoher Einkommen.

satz einer umverteilenden privatrechtlichen Regulierung, weil eine entsprechende Anpassung praktisch nicht zu implementieren, für die Erreichung des regulatorischen Distributionsziels aber unerlässlich ist.

Allerdings kann die Wirksamkeit einer Umverteilung mittels privatrechtlicher Regulierung in solchen Fällen beeinträchtigt sein, in denen es dem Regulierungsadressaten gelingt, die durch die umverteilende Norm verursachten Kosten über den Preis auf den Vertragspartner zu überwälzen.²⁸³ In einer solchen Situation kann eine staatliche Preisregulierung die Umverteilungswirkung sichern,²⁸⁴ wodurch dann eine Absenkung des Aktivitätsniveaus droht.²⁸⁵ Dieses Problem stellt sich allerdings nur in marktlichen Konstellationen und betrifft daher nicht die Wirksamkeit der Umverteilung in solchen Privatrechtsbereichen, in denen keine Austauschbeziehungen existieren und sich das Aktivitätsniveau gar nicht oder schwieriger verändern lässt wie etwa im Unterhaltsrecht oder im Erbrecht.²⁸⁶ Für die außervertragliche Haftung gilt dieses Argument nur eingeschränkt.²⁸⁷ Hier werden Unternehmen zwar die Kosten der Haftung über den Preis an ihre Kunden weitergeben, was im Falle einer effizienten Haftungsvorschrift unproblematisch ist; geht die Haftung dagegen aus distributiven Gründen über das zur Verhaltenssteuerung erforderliche Niveau hinaus, hat sie den Effekt, dass die Produktion unter das effiziente Ausmaß abfällt. Aber auch im vertragsrechtlichen Bereich können die Kosten ineffizienter Umverteilungsregeln nur dann auf den Vertragspartner abgewälzt werden, wenn hinreichender Wettbewerb herrscht. Erzielt der Regulierungsadressat vor Einführung der umverteilenden Vertragsrechtsnorm ökonomische Renten, ist etwa keinesfalls sicher, dass ihm die Abwälzung der Kosten auf den Vertragspartner gelingt.²⁸⁸ Zudem kann der einzelne Vertragspartner selbst bei einer vollständigen Überwälzung der Kosten etwa einer zwingenden Gewährleistung einen Vorteil erlangen, da die Überwälzung wie eine Versicherung wirkt. Auch wenn der gleiche Effekt durch eine freiwillige Ver-

²⁸³ Fornasier, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 129 f.; Wagner, ZEuP 2010, 243, 259 f., 277.

²⁸⁴ Kaplow / Shavell, 23 J. Leg. Stud. 667, 674 (1994) mit Fn. 10.

²⁸⁵ Siehe oben S. 478.

²⁸⁶ Eine Beeinflussung des Aktivitätsniveaus im Familienrecht wäre etwa dann gegeben, wenn Menschen wegen zwingender Unterhaltsvorschriften darauf verzichten, zu heiraten oder Kinder zu bekommen. Derartige Effekte mögen nicht gänzlich auszuschließen sein, dürften aber doch sehr viel seltener vorkommen als etwa der durch zwingende Kündigungsschutzregeln bewirkte Verzicht, einen zusätzlichen Arbeitnehmer anzustellen.

²⁸⁷ Zu weitgehend *Liscow*, 123 Yale L. J. 2478, 2494 (2014), der nur die Möglichkeit der Überwälzung auf den Geschädigten erwähnt und deshalb keinerlei Problem durch Abwälzung der Haftung sieht.

²⁸⁸ Während bei *de Geest*, Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality (2014) die ex ante-Verhinderung von ökonomischen Renten Regulierungsziel ist, geht es hier um Konstellationen, in denen eine Rente ex post durch Umverteilung abgeschöpft wird. Zum Einfluss der Marktstruktur auf die Möglichkeit, Kosten auf Kunden zu überwälzen (im Beispiel: Steuern) siehe *Konrad / Morath / Müller*, Canadian Journal of Economics 47 (2014), 173 ff.

sicherung erreicht werden könnte,²⁸⁹ kann der Gesetzgeber etwa paternalistische Gründe dafür haben, bestimmten Risikogruppen eine Zwangsversicherung zu verordnen.

Als Ergebnis des Funktionsvergleichs kann deshalb Folgendes festgehalten werden: Abgesehen von besonderen Konstellationen, in denen die privatrechtliche Umverteilung aus Sicht der ökonomischen Effizienz neutral ist²⁹⁰ oder sogar zu einem Effizienzgewinn führt,²⁹¹ muss der Gesetzgeber eine Abwägung treffen: Eine Umverteilung mittels privatrechtlicher Regulierung ist zielgenauer,²⁹² kann aber – neben einer Beeinträchtigung der Arbeitsanreize – zu gesamtwirtschaftlichen Effizienzverlusten führen (z. B. indem aufgrund hoher Mieterschutzregeln weniger Wohnungen gebaut oder aufgrund strenger Kündigungsregeln weniger Arbeitnehmer angestellt werden), während eine Umverteilung über das staatliche Transfersystem lediglich die Arbeitsanreize beeinträchtigt. Zudem kann eine privatrechtliche Umverteilung scheitern, wenn zu erwarten ist, dass es dem Regulierungsadressaten gelingt, die Kosten vertraglich auf den Umverteilungsempfänger zu überwälzen. Dies ist allerdings nur im Vertragsrecht und bei hoher Wettbewerbsintensität anzunehmen.

Für eine umfassende Abwägung müssen aber auch die anderen Vergleichsfaktoren jenseits der Funktionsweise in die Betrachtung einbezogen werden. Dies soll hier nur beispielhaft für einige ausgewählte Faktoren getan werden. So unterscheidet sich die Umverteilung mittels Privatrecht von der Umverteilung mittels des staatlichen Transfersystems etwa im Hinblick auf die Reichweite. Während privatrechtliche Normen auch internationale Sachverhalte erfassen und dadurch etwa ausländische Unternehmen einer umverteilenden Regulierung unterwerfen können, ist ein Steuerzugriff grundsätzlich nur möglich, wenn das Unternehmen eine Betriebsstätte im Inland unterhält. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der Berechtigte im Privatrecht frei entscheiden kann, ob er seinen umverteilenden Anspruch geltend macht. Dies kann aus Sicht der regulierenden

²⁸⁹ *Kaplow/Shavell*, 23 J. Leg. Stud. 667, 675 f. (1994) argumentieren, dass nur ein Marktversagen auf dem Versicherungsmarkt einen solchen Schutz rechtfertigen könne. Ein solches Marktversagen kann sich etwa ergeben, wenn Verbraucher aus Überoptimismus oder anderen Gründen begrenzter Rationalität auf den Abschluss einer Versicherung verzichten; vgl. *Jolls*, 51 Vand. L. Rev. 1653, 1665 f. (1998).

²⁹⁰ Für ein Beispiel siehe *Liscow*, 123 Yale L. J. 2478, 2486–2488 (2014) (Übergang von einer Fahrlässigkeitshaftung zu einer Gefährdungshaftung, die beide gleich effizient sind, den potentiellen Schädiger zu optimalen Sorgfaltsanstrengungen zu motivieren, während aber die Gefährdungshaftung zu einem Vermögenstransfer etwa von großen Unternehmen an private Geschädigte führt).

²⁹¹ So im Fall der Verhinderung ökonomischer Renten; vgl. *de Geest*, *Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality* (2014).

²⁹² Da auch privatrechtliche Regulierung aus generell-abstrakten Normen besteht, lässt sich eine perfekte Umverteilung dadurch ebenfalls nicht erreichen. Maßgeblich für die Zielerreichung ist, wie groß die Gruppen der Belasteten und der Berechtigten sind, wie homogen sie ausgestaltet sind und wie groß die durchschnittlichen Einkommensunterschiede zwischen den beiden Gruppen sind; vgl. *Liscow*, 123 Yale L. J. 2478, 2491–2493 (2014).

Instanz als Hindernis für die Zielerreichung gesehen werden, es kann aber auch als Instrument dienen, um die – aufgrund des abstrakt-generellen Charakters des Rechts – überschießende Tendenz abzumildern, sofern etwa Grund zu der Annahme besteht, dass manche wohlhabende Berechtigte davon absehen werden, geringfügige distributive Vorteile tatsächlich geltend zu machen. Besonders augenfällig sind aber die Unterschiede bei den Kosten der Rechtsdurchsetzung und dem Träger dieser Kosten. Zielt eine privatrechtliche Regulierung darauf ab, die Entstehung ökonomischer Renten zu verhindern, so entstehen bei hinreichender Abschreckungswirkung gar keine Rechtsdurchsetzungskosten.²⁹³ Aber auch wenn es zu einem Transfer unter Privaten kommt, wird dieser in vielen Fällen außergerichtlich erfolgen, so dass nur geringe Kosten bei den Privaten entstehen. Kommt es zu einem Zivilprozess, tragen die Parteien die Anwaltskosten und durch die Gerichtskosten einen Teil der institutionellen Kosten des Staats. Demgegenüber sind bei einer Umverteilung über das staatliche Transfersystem stets mehrere Behörden beteiligt, so dass erheblich höhere Kosten für den Staat entstehen. Selbst wenn man davon richtigerweise nur die durch die zusätzliche Umverteilung verursachten Grenzkosten betrachtet,²⁹⁴ dürften diese in vielen Fällen über den Kosten der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung liegen.

Anders als die ökonomische Analyse des Rechts suggeriert, besteht also kein genereller Vorteil des staatlichen Transfersystems gegenüber dem Privatrecht im Bereich umverteilender Regulierungsziele. Welches Regulierungsinstrument vorzugswürdig ist, richtet sich vielmehr nach dem konkreten Umverteilungsziel sowie den weiteren Prioritäten der regulierenden Instanz.

2. Regulierungsstrategien und übergreifende Regulierungskonzepte

Während es bislang um das Verhältnis einzelner Regulierungsinstrumente zu einzelnen Regulierungszielen ging, wurde oben bereits ausgeführt, dass Regulierungsziele selten für sich alleine stehen, sondern sich meistens in den Kontext eines übergreifenden Regulierungskonzepts einfügen.²⁹⁵ Die Verfolgung mehrerer zusammenhängender Regulierungsziele im Rahmen eines übergreifenden Regulierungskonzepts wird meistens dazu führen, dass auch eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente zum Einsatz kommt. Es stellt sich daher die Frage, wie das Zusammenwirken dieser unterschiedlichen Instrumente analysiert werden kann.

²⁹³ *de Geest*, *Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality* (2014), S. 35.

²⁹⁴ Vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*³ (2005), S. 292 f.

²⁹⁵ Siehe oben S. 443 f.

a. Regulierungsstrategien als Zusammenwirken mehrerer Regulierungsinstrumente

Das Zusammenwirken mehrerer Regulierungsinstrumente zur Verfolgung desselben oder verwandter Regulierungsziele soll als Regulierungsstrategie bezeichnet werden.²⁹⁶ Der Begriff der Strategie deutet darauf hin, dass die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente zwar möglicherweise nicht immer aufgrund eines anfänglichen Generalplans, aber jedenfalls im Sinne eines nachträglich gewachsenen finalen Konzepts zusammenwirken sollen.²⁹⁷ Es existieren Regulierungsstrategien, die unterschiedliche Regulierungsinstrumente zur Verfolgung eines einheitlichen Regulierungsziels zusammenbringen, meistens koordinieren Regulierungsstrategien aber mehrere Regulierungsinstrumente, die innerhalb eines übergreifenden Regulierungskonzepts verwandte Regulierungsziele verfolgen.

Ein Beispiel für die erste Kategorie von Regulierungsstrategie ist die Verhinderung betrügerischen Verhaltens. Diesem Regulierungsziel dient etwa das Anfechtungsrecht gemäß § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB, indem es dem Getäuschten ermöglicht, die aufgrund der Täuschung eingegangene rechtliche Bindung zu lösen. Der Schadensersatzanspruch gemäß §§ 826, 823 Abs. 2 BGB (i. V. m. § 263 StGB) stellt sicher, dass der Betrogene seinen finanziellen Nachteil ersetzt erhält. Beide Regulierungsinstrumente entfalten bereits eine gewisse Abschreckungswirkung *ex ante*, indem sie möglichen Betrügern signalisieren, dass ihnen der wirtschaftliche Erfolg des Betrugs genommen werden kann. Blicke es bei diesen Regulierungsinstrumenten, wäre der Betrug aus Sicht des potentiellen Täters schlimmstenfalls ein Nullsummenspiel. Wird er entdeckt und macht das Opfer seine Rechte geltend, entfällt der Gewinn. Sofern aber eine Chance besteht, dass das Opfer den Betrug nicht entdeckt oder des Täters nicht mehr habhaft werden kann, besteht eine positive Gewinnaussicht. Deshalb komplementiert die Strafandrohung des § 263 StGB die Regulierungsstrategie zur Verhinderung betrügerischen Verhaltens. Erst diese Sanktionsandrohung entfaltet – bei hinreichender Entdeckungswahrscheinlichkeit – eine ausreichende Abschreckungswirkung. Andererseits würde allein die strafrechtliche Sanktion ohne komplementierende privatrechtliche Regulierungsinstrumente auch nicht ausreichen. Denn dann könnte der Täter bei einem hohen Gewinn darauf spekulieren, sich

²⁹⁶ Siehe zum Begriff auch *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 42, 46–48 m. w. N. zur sonstigen Begriffsverwendung im Unternehmensrecht. Im Öffentlichen Recht wird dagegen von einem „Instrumentenverbund“ (so *Jesse*, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung (2014), S. 1 und passim), einem „Instrumentenmix“ (so *Michael*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 41 Rn. 19) oder einer (Belastungs-)Kumulation (so *Klement*, AöR 134 (2009), 35, 37–39) gesprochen.

²⁹⁷ Zur Frage der Planung siehe auch *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht (2012), S. 47 f.

diesen – selbst im Fall der Entdeckung – durch Ableistung der Gefängnisstrafe quasi „zu verdienen“.

Ein Beispiel für eine Regulierungsstrategie zur Verfolgung eines übergreifenden Regulierungskonzepts sind die Regelungen zum gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz.²⁹⁸ Der Gläubigerschutz stellt ein übergreifendes Regulierungskonzept im Sinne der hier entworfenen Methode dar, d. h. er vereinigt und strukturiert eine Vielzahl einzelner Regulierungsziele. So gibt es z. B. eine Reihe von Regelungen, die darauf abzielen, riskante wirtschaftliche Aktivitäten zu stimulieren, indem die Bildung von Sondervermögen erlaubt wird, welche die Anteilseigner von einer persönlichen Haftung abschirmen. In diesen Bereich gehören die Regulierungsinstrumente der Haftungsbeschränkung (§ 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 2 AktG, § 171 Abs. 1 HGB, § 8 Abs. 2 und 4 PartGG), aber auch der Ausschluss der Nachschusspflicht im Recht der Personengesellschaft (vgl. § 707 BGB). Ein weiterer Regelungsbereich beschäftigt sich mit dem Schutz freiwilliger und unfreiwilliger Gesellschaftsgläubiger im normalen Gesellschaftsbetrieb. In diesen Bereich gehören die Regelungen über die unbeschränkbare Vertretungsmacht der geschäftsführenden Organe (§ 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 126 Abs. 2 HGB), die Ausschüttungssperren in der Kapitalgesellschaft (§ 30 GmbHG, § 57 AktG) und die persönliche Haftung in der Personengesellschaft (§ 128 HGB). Um Missbräuche zu verhindern, werden diese Grundregeln ergänzt durch Haftungsregeln (etwa die Haftung für existenzvernichtende Eingriffe) und strafrechtliche Verbote (etwa die Strafbarkeit gemäß § 266a StGB bei Nichtabführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung). Weitere Bereiche sind Regelungen, die in einer Krise der Gesellschaft die Gläubiger an der Herrschaft beteiligen. Hier sind insbesondere die Insolvenzantragspflicht und die Insolvenzgründe zu nennen (§ 15a InsO, §§ 17–19 InsO), deren tatsächliche Einhaltung durch eine privatrechtliche Haftung (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO) und eine Strafnorm (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO) sichergestellt werden sollen. Weitere Regelungsbereiche beschäftigen sich mit der Sanierung oder Abwicklung von Gesellschaften in wirtschaftlichen Schwierigkeiten sowie mit ergänzenden Maßnahmen wie bilanz-, register- oder kapitalmarktrechtlichen Offenlegungspflichten. In all diesen Bereichen kommt eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente zum Einsatz, die nicht nur aus dem Privatrecht, sondern auch aus dem Strafrecht und Verwaltungsrecht (z. B. die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung im Güterkraftverkehr gemäß § 7a GüKG) stammen.

Aus Sicht der Regulierungstheorie handelt es sich bei einer Regulierungsstrategie um ein heuristisches Konzept, das es ermöglicht, einzelne Regulierungsinstrumente zueinander in ein systematisches Verhältnis zu setzen. Eine solche

²⁹⁸ Siehe dazu ausführlich *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman/Armour/Davies u. a. (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law²* (2009), S. 115 ff. (für börsennotierte Gesellschaften); *Schön*, ZGR Sonderheft Nr. 18 (2012), S. 112 ff. (für geschlossene Gesellschaften).

Systematisierung kann etwa dazu verwendet werden, Lücken in der Regulierung eines bestimmten Lebensbereichs aufzuzeigen oder auch andersherum Redundanzen oder Widersprüchlichkeiten einer Regulierungsstrategie aufzudecken. Je nach Erkenntnisinteresse können rechtsdogmatische oder rechtspolitische Wege zur Behebung solcher Mängel aufgezeigt oder alternative Regulierungsstrategien entwickelt werden.

b. Entwicklung von Regulierungsstrategien anhand übergreifender Regulierungskonzepte

Regulierungsstrategien dienen der Verfolgung einzelner Regulierungsziele oder übergreifender Regulierungskonzepte. Sie können nicht nur durch den Gesetzgeber, sondern auch durch Rechtsanwender entwickelt werden, indem allgemeine regulatorische Normen (im Privatrecht etwa das Deliktsrecht, das Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte oder auch das Bereicherungsrecht; im Strafrecht der Betrugs- oder Untreuetatbestand, die fahrlässige Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung; im Verwaltungsrecht insbesondere die polizeirechtliche Generalklausel und bereichsspezifische Eingriffsermächtigungen des speziellen Gefahrabwehrrechts) mit Blick auf das identifizierte Regulierungsziel bzw. -konzept ausgelegt und angewandt werden. Dementsprechend bietet sich hier ein umfangreiches Gebiet für vorbereitende regulatorische Rechtswissenschaft.

Ausgangspunkt für die rechtswissenschaftliche Entwicklung einer Regulierungsstrategie ist die Feststellung eines politisch vorgegebenen Regulierungsziels bzw. die Identifikation eines übergreifenden Regulierungskonzepts anhand einer Reihe von Regulierungszielen. Eine Regulierungsstrategie kann dann etwa aus den Bestandteilen „Ermöglichung/Anreizsetzung“, „Lenkung der Durchführung“ und „Verhinderung von Missbräuchen“ entwickelt werden.

Beim ersten Schritt handelt es sich um eine Art Vorprüfung: Bevor die eigentlichen Regulierungsinstrumente in den Blick genommen werden können, müssen zunächst die Handlungsmöglichkeiten der Regulierungsadressaten analysiert werden. Bestehen hinreichende tatsächliche und rechtliche Handlungsoptionen in dem betrachteten Lebensbereich oder ist es erforderlich, tatsächliche Hindernisse abzubauen oder zusätzliche rechtliche Infrastruktur zu schaffen, damit die entsprechenden Tätigkeiten überhaupt ausgeführt werden (können)? Soll etwa der Breitensport gefördert werden, so ist zu evaluieren, ob in tatsächlicher Hinsicht hinreichend Sportanlagen zur Verfügung stehen. Ist dies nicht der Fall, müssen die Gründe analysiert und überlegt werden, ob zusätzliche Einrichtungen staatlich bereit gestellt werden sollen oder ihr privater Bau gefördert werden muss, um die Voraussetzungen für eine sportliche Betätigung zu schaffen. Im Bereich der rechtlichen (infrastrukturellen) Voraussetzungen müssen entsprechende Vertragsformen existieren, die die Inanspruchnahme solcher Einrichtungen ermöglichen, sowie vor allem geeignete Organisationsformen bereitstehen, wie etwa der Idealverein. Soweit nötig, können weitere Anreize zur Inanspruch-

nahme der rechtlichen Infrastruktur z. B. durch regulatorische Haftungsprivilegien (vgl. §§ 31a, 31b BGB) geschaffen werden.

Der Schwerpunkt der Entwicklung einer Regulierungsstrategie liegt im Bereich „Lenkung der Durchführung“. Hier bietet es sich an, einen oder mehrere Idealtypen auszuwählen, anhand derer die gewünschte Funktionsweise des regulierten Lebensbereichs simuliert werden kann. Soll etwa die Anlageberatung im öffentlichen Interesse (etwa zur Förderung privater Altersvorsorge) reguliert werden, können z. B. ein unerfahrener Kleinanleger und ein finanztechnisch vorgebildeter wohlhabender Privatmann als Idealtypen gewählt werden. Indem für jeden Idealtyp eine nach den Wertungen der bestehenden rechtlichen Vorgaben optimale Anlageberatung durchgespielt wird, können die für die Erreichung des optimalen Ergebnisses relevanten Bedingungen identifiziert werden. Dies umfasst im Beispiel der Anlageberatung etwa die gründliche Analyse der finanziellen Verhältnisse, die Festlegung von Anlagezielen und eine auf der Analyse der persönlichen Risikotragungsfähigkeiten basierende Bestimmung des Risikoprofils. Darauf aufbauend kann analysiert werden, inwieweit die typischen Regulierungsadressaten ohnehin intrinsische Anreize haben, die identifizierten Bedingungen zu erreichen. Im Beispiel der Anlageberatung ist hier etwa das Interesse von Banken und Anlageberatern an langfristiger Kundenbindung zu würdigen. Ausgehend von dieser Differenzanalyse kann festgelegt werden, welche der ermittelten Bedingungen als weitere Regulierungsziele (neben den bereits gesetzlich vorgegebenen) definiert werden müssen. Sodann kann untersucht werden, welche Regulierungsinstrumente jeweils zur Verfolgung der einzelnen Regulierungsziele zur Verfügung stehen. Besteht eine Auswahl zwischen unterschiedlichen Instrumenten, können diese anhand der oben genannten Kriterien²⁹⁹ verglichen werden. Fehlt es dagegen an geeigneten Regulierungsinstrumenten, ist zu untersuchen, inwieweit die oben genannten allgemeinen regulatorischen Normen (Deliktsrecht; allgemeines Strafrecht; Gefahrenabwehrrecht) geeignet sind, die Lücke zu füllen, wobei selbstverständlich die bereichsspezifischen Einschränkungen zu beachten sind (während im Privatrecht eine weite Auslegung oder Analogie in Betracht kommen, ist jedenfalls letztere Möglichkeit im Strafrecht ausgeschlossen). Findet sich trotzdem kein geeignetes Instrument, kann dieser Mangel Grundlage für einen rechtspolitischen Vorschlag sein. Wurden so die einzelnen Regulierungsziele und Regulierungsinstrumente ermittelt, können in einem abschließenden Schritt die Kosten und die Effektivität der Regulierung abgeschätzt werden (bezogen auf einzelne Regulierungsziele ist die Kosten/Nutzen-Analyse bereits Teil des Vergleichs einzelner möglicher Regulierungsinstrumente). Zeigt sich, dass die in Aussicht genommene Regulierungsstrategie in ihrer Gesamtheit außer Verhältnis zu dem Regulierungskonzept steht, muss sie entsprechend angepasst werden. Dieser Bereich erfordert explizite Wertungen mit politischen Implikationen, so dass – im Rahmen einer

²⁹⁹ Vgl. oben S. 506 ff.

wissenschaftlichen Untersuchung – grundsätzlich den aus den speziell für den betreffenden Lebensbereich erlassenen Gesetzen ableitbaren gesetzgeberischen Zielvorstellungen besonderes Gewicht zukommt.

In einem dritten Schritt sind die neuralgischen Punkte der gewählten Regulierungsstrategie zu identifizieren, also die Bereiche, in denen eine Abweichung vom regulatorisch gewünschten Verhalten die Erreichung des Regulierungsziels bzw. Verwirklichung des Regulierungskonzepts an sich gefährden oder einen besonders großen individuellen Schaden verursachen würde. Geht es z. B. um eine Regulierungsstrategie zur Verbreitung kontrolliert biologisch erzeugter Lebensmittel, so stellt etwa der Verkauf gesundheitsgefährdender Lebensmittel einen solchen neuralgischen Punkt dar. Ein weiterer neuralgischer Punkt wäre in diesem Beispiel der Vertrieb konventioneller Produkte unter einem falschen Bio-Label. Im Anschluss an die Identifikation der neuralgischen Punkte ist zu überprüfen, ob in diesen Bereichen hinreichende Vorkehrungen gegen Rechtsverstöße getroffen sind. Erforderlich sind effektive Präventionsmechanismen, so durch Strafvorschriften oder andere einschneidende Sanktionen, vor allem aber in Form einer tatsächlichen Überwachung, sei es durch eine staatliche Aufsicht oder – bei gut erkennbaren Normverstößen und hinreichenden Anreizen zur Rechtsdurchsetzung – durch privatrechtliche Regulierungsinstrumente. Die gewählten sanktionierenden Regulierungsinstrumente müssen einerseits sicherstellen, dass das Regulierungsziel nicht konterkariert wird, andererseits dürfen sie aber nicht zu einer Überabschreckung führen mit der Folge, dass aus Sorge vor möglichen rechtlichen Konsequenzen auch solche Tätigkeiten unterbleiben, die gar nicht mit dem Regulierungsziel konfliktieren.

Letztlich bedingen sich Regulierungsstrategien und übergreifende Regulierungskonzepte gegenseitig. Mit der Weiterentwicklung eines Regulierungskonzepts ist zugleich eine Veränderung der Regulierungsstrategie verbunden und umgekehrt.

§ 10 Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung

Die Regulierungstheorie betrachtet das Privatrecht bzw. die einzelnen Regelungen des Privatrechts als „Regulierungsinstrumente“. Ob in einem konkreten Fall der Einsatz öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Regulierungsinstrumente oder eine Kombination aus beiden vorzugswürdig ist, richtet sich nach dem konkreten „Regulierungsziel“. Während sich schon seit einiger Zeit die Erkenntnis durchsetzt, dass sich Privatrecht und Öffentliches Recht nicht (mehr) anhand ihrer Regelungsgegenstände unterscheiden lassen,¹ zeigt die Regulierungstheorie, dass auch die „juridische Weltanschauung“ als „eine Art Tiefengrammatik unseres gesamten Rechtsdenkens und Rechtshandelns“² prägenden methodischen Unterschiede zwischen den verschiedenen rechtsdogmatischen Fächern keineswegs so unüberwindbar sind, wie es bestimmte Pfadabhängigkeiten suggerieren.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, weshalb in der Praxis der deutschen Rechtswissenschaft³ die überkommene Fächerunterteilung nach wie vor unangefochten Bestand hat. Bezogen auf das Privatrecht: Welcher Aspekt des vorherrschenden Privatrechtsverständnisses immunisiert es gegen alle Versuche,⁴ im Wege einer funktionalen Betrachtung die Unterschiede zwischen den Teilrechtsordnungen zu relativieren? Die Antwort ist naheliegend: Aus Sicht der prinzipienbasierten Privatrechtswissenschaft gründet die Besonderheit des Privatrechts auf dem Konzept der Privatautonomie. Diese gilt als das prägende Strukturmerkmal des Privatrechts und als wesentlicher Unterschied zum Öffentlichen Recht. Wer die Stellung des Privatrechts in der Gesamtrechtsordnung taxieren will, muss daher zuvörderst die Rolle der Privatautonomie klären. Dabei zeigt sich, dass die Privatautonomie in der Tat ein wesentliches Prinzip der Rechtsordnung darstellt, dessen Bedeutung aber weiter reicht als dies häufig in der Privatrechtswissenschaft angenommen wird. Die zu entwickelnde These lau-

¹ Dies zeigt im Öffentlichen Recht etwa die Diskussion über die „Regimewahlkompetenz“ der Verwaltung; dazu z. B. *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 29, 56–72. Im Privatrecht kann etwa auf die Diskussion über die Wirkung öffentlich-rechtlicher Normen im Vertragsrecht verwiesen werden; dazu z. B. *Dieckmann*, AcP 213 (2013), 1 ff.; *Rothenhöfer*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Hopt (2008), S. 55, 66–83. Explizit a. A. etwa *Honsell*, ZfPW 2015, 1, 2, der den Erlass des AGG als Bruch mit dem seit aristotelischer Zeit bestehenden System zur Trennung der Teilrechtsordnungen ansieht.

² Beide Zitate *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 917, 918.

³ Zur gänzlich anderen Situation in den USA siehe bereits oben S. 325 mit Fn. 4 f.

⁴ Zuletzt *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 917, 933–936.

tet, dass Privatautonomie nicht privatrechtsspezifisch ist, sondern vielmehr ein übergreifendes Strukturmerkmal der Rechtsordnung darstellt (dazu unter I.). Eine solche Sichtweise hat allerdings zur Folge, dass sich die Ausrichtung auf die Privatautonomie nicht mehr als Abgrenzungsmerkmal zum Öffentlichen Recht eignet. Entfällt somit die Möglichkeit, das Privatrecht mit Referenz auf die Privatautonomie zu definieren, muss untersucht werden, wie die Rolle des Privatrechts in der Gesamtrechtsordnung dann zu verstehen ist. Dazu soll die Idee eines „Wettbewerbs der Teilrechtsordnungen“ entwickelt werden, die nicht von absoluten Bestimmungsmerkmalen, sondern vielmehr von komparativen Vorteilen der einzelnen Teilrechtsordnungen für die Erfüllung unterschiedlicher Funktionen des Rechts ausgeht (dazu unter II.). Umso mehr stellt sich allerdings die Frage nach dem Proprium des Privatrechts. Dieses findet sich in Form der Privatinitiative, die sich nicht nur besser als die Privatautonomie als prägendes Charakteristikum des Privatrechts eignet, sondern auch die eigenständige Bedeutung des Privatrechts für die dezentrale Gemeinwohlverwirklichung in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat betont. Dem Privatrecht bleibt also auch in einer um die funktionale Sichtweise angereicherten Rechtstheorie eine zentrale und eigenständige Rolle (dazu unter III.).

I. Verhältnis von Privatautonomie und Privatrecht

Fragt man einen deutschen Juristen nach dem bestimmenden Strukturelement des Privatrechts, wird man regelmäßig auf das Konzept der Privatautonomie verwiesen.⁵ Fragt man hingegen, nach welchen Kriterien zu bestimmen ist, ob eine konkrete Norm Teil des Privatrechts (und nicht des Öffentlichen Rechts) ist, werden eine Reihe von Theorien genannt, die sämtlich ohne Bezug auf die Privatautonomie auskommen. Es ergibt sich daher eine Diskrepanz zwischen dem formalen und dem vorherrschenden materialen Privatrechtsbegriff (dazu unter 1). Auf der Suche nach einer Erklärung für diese Unstimmigkeit zeigt sich, dass die Privatautonomie ihre zentrale Bedeutung erst in der Nachkriegszeit erlangt hat,

⁵ Grundlegend zur Auffassung, die Privatautonomie sei „das wesentlichste Strukturelement unserer Rechtsordnung“ *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 135, 145; *ders.*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 16. Siehe auch *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873, 874–887; *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 54–56; *Honsell*, ZfPW 2015, 1, 2; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung (1999), S. 3; *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), S. 15–18; *Mayer-Maly*, in: FS Kramer (2004), S. 21, 25–27; *Merz*, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit (1970), S. 1 f.; *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 214; *Repgen*, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (2007), S. 11, 45–49; *Rittner*, in: FS Müller-Freienfels (1986), S. 509, 514; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 1–4; *Stürner*, AcP 210 (2010), 105, 106–108; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 14–18; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 99. Kritisch zum Privatautonomiediskurs etwa *Rehberg*, Das Rechtfertigungsprinzip (2014), S. 464–468.

in der ihr eine wichtige Rolle für die Wiedergewinnung eines freiheitlichen Privatrechts nach den Schrecken der NS-Diktatur und in Abgrenzung zu den sozialistischen Gesellschaftsmodellen zukam (dazu unter 2.). Mit dem Fortschreiten der Geschichte haben diese Aspekte allerdings zunehmend an differenzierender Kraft verloren, obwohl der Privatautonomie im Rahmen einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft nach wie vor ein zentraler Rang zukommt. Dieser – so die im Einzelnen zu entwickelnde These – erschöpft sich aber nicht in ihrer Bedeutung für das Privatrecht. Privatautonomie ist vielmehr ein die Teilrechtsordnungen übergreifendes Grundkonzept unserer Rechtsordnung. Die Vereinnahmung der Privatautonomie durch das Privatrecht (bzw. die Privatrechtswissenschaft) hat dazu geführt, dass Privatrecht und Privatautonomie teilweise zu schnell gleichgesetzt werden. Gerade in der Diskussion um die Bedeutung der „Privatrechtsgesellschaft“ wird häufig Privatrecht gesagt, wenn eigentlich die umfassendere Privatautonomie gemeint ist (dazu unter 3.).

1. Diskrepanz zwischen formalem und materialem Privatrechtsbegriff

Während sich der materiale Privatrechtsbegriff auf den Gegenstand des Privatrechts bezieht,⁶ behandelt der formale Privatrechtsbegriff die Frage, wie sich bestimmen lässt, ob eine konkrete Norm dem Privatrecht zugehörig ist. Dem formalen Privatrechtsbegriff kommt große praktische Relevanz zu, weil sich nach der Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Rechtswegzuweisung (also die Frage, ob eine „Zivilsache“ gemäß § 13 GVG vorliegt) danach richtet, welchem Rechtsgebiet das Rechtsverhältnis, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, zuzuordnen ist.⁷ Zur danach erforderlichen Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht werden im Wesentlichen drei Theorien vertreten: die Interessentheorie, die Subordinationstheorie und die (modifizierte) Subjektstheorie.

Nach der bereits auf *Ulpian*⁸ zurückreichenden Interessentheorie soll die Interessenrichtung des einzelnen Rechtssatzes entscheidend sein: Dient eine Norm dem öffentlichen Interesse, ist sie dem Öffentlichen Recht zuzuordnen, dient sie dagegen dem privaten Interesse, handelt es sich um Privatrecht.⁹ Demgegenüber stellt die Subordinationstheorie (auch: Subjektionstheorie) auf das Verhältnis der Beteiligten ab: Geht die betreffende Norm von einem Über-Unterordnungsverhältnis zwischen den beteiligten Rechtssubjekten aus, handelt es sich um Öffentliches Recht, besteht hingegen ein Gleichordnungsverhältnis, gehört die Re-

⁶ Zum herrschenden materialen Privatrechtsbegriff siehe oben S. 329 mit Fn. 14.

⁷ Siehe nur GmS-OG BGHZ 97, 312, 313 f. m. w. N.

⁸ D. 1, 1, 1, 2: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.“

⁹ In diese Richtung BVerfGE 58, 300, 344; BVerwGE 13, 47, 49 f.; 35, 103, 106; 38, 205, 206; 47, 229, 230; 47, 247, 250.

gelung zum Privatrecht.¹⁰ Schließlich stellt die von *Hans J. Wolff*¹¹ entwickelte Subjektstheorie darauf ab, ob eine Norm ausschließlich den Staat bzw. sonstige Hoheitsträger adressiert, dann soll es sich um Öffentliches Recht handeln, oder ob sie sich an jedermann wendet, dann sei sie privatrechtlich einzuordnen; die modifizierte (oder materielle) Subjektstheorie fordert darüber hinaus, dass die Norm den Hoheitsträger „als solchen“ adressieren müsse.¹² Auch wenn nach einer verbreiteten Meinung keine der genannten Theorien sämtliche Abgrenzungskonflikte befriedigend zu lösen vermag,¹³ bevorzugt die wohl vorherrschende Auffassung die letztgenannte modifizierte Subjektstheorie, die teilweise noch um Elemente der Subordinationstheorie ergänzt wird.¹⁴

Da die Abgrenzungstheorien darauf ausgerichtet sind, schwierige Grenzfälle zu entscheiden, knüpfen sie stets an Konstellationen an, in denen auch der Staat eine Rolle spielt. Bei der Interessentheorie ist dieser Zusammenhang am losesten, wohingegen die Subjektstheorie die Beteiligung des Staates zum entscheidenden Kriterium erhebt. Der Staatsbezug sämtlicher formaler Abgrenzungstheorien mag ein Grund dafür sein, weshalb sich die Verwaltungsrechtswissenschaft stärker als die Privatrechtswissenschaft mit der formalen Unterscheidung der Teilrechtsordnungen auseinandersetzt.¹⁵ Trotzdem sind die Ergebnisse dieser Theorien auch für die Privatrechtswissenschaft von zentraler Bedeutung, determinieren sie doch über die positivrechtliche Abgrenzung der Rechtsgebiete auch den formalen Zuschnitt der einzelnen rechtsdogmatischen Teilfächer.

An dieser Stelle zeigt sich eine auffallende Diskrepanz zwischen dem vorherrschenden materialen Privatrechtsbegriff, der die Privatautonomie in den Mittelpunkt stellt,¹⁶ und dem formalen Privatrechtsbegriff, der nach ganz h. M. das Privatrecht allein mit Bezug auf die beteiligten Parteien und ihren staatsrechtlichen Status bestimmt. Diese Unstimmigkeit ist nicht etwa dem Unterschied zwischen formaler und materialer Begriffsbestimmung als solchem geschuldet. Das zeigt ein Vergleich zum Öffentlichen Recht, dessen materielles Spezifikum im Allge-

¹⁰ In diese Richtung GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314; 102, 280, 283 (jeweils in Kombination mit der Subjektstheorie) sowie GmS-OGB BGHZ 108, 284, 286.

¹¹ *Wolff*, AöR 76 (1950/51), 205 ff.

¹² Grundlegend *Bachof*, in: FG 25 Jahre BVerwG (1978), S. 1, 9–15; *Bettermann*, NJW 1977, 513, 515 f. Zum so genannten „Verwaltungsprivatrecht“ siehe unten S. 559.

¹³ Siehe etwa *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 64 f.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁸ (2011), S. 45.

¹⁴ GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314; 102, 280, 283; *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 21; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁸ (2011), S. 44; *Wittschier*, in: Musielak/Voit, ZPO¹² (2015), § 13 GVG Rn. 5; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 187; *W. Zimmermann*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 13 GVG Rn. 8.

¹⁵ Für eine privatrechtliche Stellungnahme siehe aber z. B. *Grigoleit*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 54, der aus dem Staatsbezug der Abgrenzungstheorien folgert, dass diese für „eine Herausarbeitung aussagekräftiger Charakteristika des Privatrechts [...] ungeeignet“ seien, und feststellt, dass das „prägende Charakteristikum [...] vielmehr die so genannte Privatautonomie“ sei.

¹⁶ Vgl. oben S. 329 mit Nachweisen in Fn. 14 sowie die Nachweise S. 523, Fn. 5.

meinen darin gesehen wird, politische Herrschaft zu regeln und zu begrenzen¹⁷ – hier besteht also ein weitreichender Gleichlauf zwischen der formalen Begriffsdefinition (die auf die Ausübung von Hoheitsgewalt abstellt) und der inhaltlichen Gegenstandsbeschreibung.

Selbstverständlich besteht auch ein gewisser Zusammenhang zwischen dem formalen Privatrechtsbegriff und dem Prinzip der Privatautonomie. Dem Staat bzw. den Hoheitsträgern kommt niemals *Privatautonomie* zu; in einem Rechtsstaat kann lediglich Privaten in gewissem Umfang die rechtliche Möglichkeit offenstehen, Rechtsverhältnisse allein nach Maßgabe ihrer eigenen Willkür zu gestalten. Deshalb stellt die Privatautonomie ohne Zweifel ein zentrales Prinzip des Privatrechts in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat dar. Es handelt sich aber um *ein* inhaltliches Prinzip, welches in konkreten Privatrechtsordnungen in verschiedenem Umfang verwirklicht werden kann. Insofern kommt der Privatautonomie für das Privatrecht eine ähnliche Rolle zu wie dem Demokratieprinzip oder dem allgemeinen Gleichheitssatz für das Öffentliche Recht: In einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat sind das Privatrecht bzw. das Öffentliche Recht materiell geprägt durch diese Prinzipien – begriffsnotwendig sind sie trotzdem nicht. Dies liegt einerseits daran, dass Privatrecht bzw. Öffentliches Recht auch ohne diese Prinzipien denkbar sind, und sich andererseits die Bedeutung der Prinzipien dort, wo sie verwirklicht sind, nicht auf die jeweilige Teilrechtsordnung beschränkt.¹⁸ Es ist deshalb kein Zufall, dass auch das Staatsrecht des Grundgesetzes – in Einklang mit den einfachgesetzlichen formalen Abgrenzungstheorien – das Privatrecht allein als das Recht der Individualrechtsverhältnisse zwischen gleichgeordneten Parteien bestimmt, die entweder Private sind oder Hoheitsträger, die sich auf die Ebene der Gleichordnung begeben (d. h. *nicht* „als solche“ handeln), und den Begriff nicht materiell unter Verweis auf die Privatautonomie definiert.¹⁹

Ein bestimmter Norminhalt oder Prinzipien wie die Privatautonomie sind weder im Verfassungsrecht noch auf einfachgesetzlicher Ebene Teil der formalen Definition des Privatrechts (wie auch nicht des Öffentlichen Rechts). Zwar stellt die Interessentheorie mit der Betonung des privaten Interesses einen indirekten

¹⁷ Siehe stellvertretend *Engel*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (2007), S. 205, 238; *Grimm*, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität* (2012), S. 64; *C. Möllers*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie* (2008), S. 151, 169–172.

¹⁸ Ausführlich zur Privatautonomie jenseits des Privatrechts sogleich unten S. 540 ff. Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das Privatrecht zeigt sich prominent am AGG.

¹⁹ Siehe oben S. 226. Die Übereinstimmung der Begriffsdefinitionen stellt sicher, dass grundsätzlich immer dann, wenn der Gesetzgeber auf Grundlage der Gesetzeskompetenzen zum Erlass von Privatrecht Gesetze erlässt, diese in der Rechtsanwendung den Zivilgerichten zugewiesen werden. Dabei besteht für den Gesetzgeber aber selbstverständlich keine Bindung an die einfach-gesetzlichen Abgrenzungstheorien; vielmehr kann er zusätzliche Gerichtszweige wie die Arbeits- oder Sozialgerichtsbarkeit einrichten und diesen bestimmte Gegenstände im Wege vorrangiger Spezialzuständigkeiten zuweisen. Siehe auch unten S. 564.

Bezug zu dem Inhalt der Normen her, den man so verstehen könnte, dass das „private Interesse“ durch privatautonome Rechtsgestaltung verwirklicht wird.²⁰ Allerdings sind es gerade auch die zwingenden Privatrechtsnormen (etwa des Arbeitnehmer- oder Verbraucherschutzes), mit denen der Gesetzgeber im Privatrecht Individualinteressen schützt. Zudem wird die Interessentheorie ganz überwiegend als für die Abgrenzung der Teilrechtsordnungen ungeeignet zurückgewiesen, weil entweder angenommen wird, dass *jeder* Rechtssatz sowohl dem öffentlichen Interesse als auch dem Individualinteresse zu dienen bestimmt sei,²¹ oder dass jedenfalls *manche* Rechtssätze beiden Interessen dienen.²² Im Rahmen der Subordinationstheorie könnte man ebenfalls versuchen, den Bereich der Gleichordnung als materiell durch die Privatautonomie bestimmt anzusehen. Im Ergebnis lässt sich aber auch damit die Privatautonomie nicht als Definitionsmerkmal des Privatrechts begründen. Denn in ihrer Funktion als Grundwertung des Privatrechts wird die Privatautonomie materiell verstanden: Gemeint ist nicht nur rechtliche (formale), sondern tatsächliche (materiale) Selbstbestimmung der Privatrechtssubjekte.²³ Die Subordinationstheorie bleibt hingegen bei einem rein formalen Verständnis von Privatautonomie stehen, welches sich im Wesentlichen darin erschöpft, dass die Privatrechtssubjekte formell gleich, d. h. einander nicht über- oder untergeordnet, sind. Hinzu kommt, dass selbst die Minimalvoraussetzungen (formaler) privatautonomer Selbstbestimmung nach diesem Kriterium im Privatrecht nicht notwendigerweise erfüllt sind, weil auch im nicht-staatlichen Bereich Über-Unterordnungsverhältnisse (z. B. im Konzern) existieren. Allein aus der Abgrenzung nach Rechtssubjekten (Hoheitsträger in hoheitlicher Funktion versus Private und auf gleicher Ebene handelnde Hoheitsträger) kann aber nicht auf die in der jeweiligen Teilrechtsordnung zu verwirklichenden materiellen Prinzipien geschlossen werden.²⁴

²⁰ Bezieht man die Definition auf subjektive Rechte, so entspricht sie allerdings eher der Jheringschen Interessentheorie des subjektiven Rechts; dazu oben S. 344 und S. 354 ff.

²¹ So *Michaels/Jansen*, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (2008), S. 69, 74 unter Verweis auf *Azo* (13. Jahrhundert); dem folgend *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014), S. 64. In diese Richtung auch *Großfeld*, *Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe* (1977), S. 82.

²² So die ganz h.M.; vgl. nur *Burgi*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 13 f., 19 mit Fn. 54; *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁸ (2011), S. 44; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, *Verwaltungsrecht I*¹² (2007), S. 185. Siehe auch oben S. 53 ff.

²³ Siehe nur *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273, 277 f.; *Wagner*, in: *Blaurock/G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 19.

²⁴ Dies versucht allerdings *D. Schmidt*, *Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht* (1985), S. 159–257, indem er zunächst Privatrecht und Öffentliches Recht als „prinzipienerfüllte Begriffe“ ausweist und die einzelnen Prinzipien ergründet (S. 159–226), um dann aufgrund dieser unterschiedlichen Prinzipien einen „durchgehenden Strukturgegensatz“ zwischen den Teilrechtsordnungen aufzuzeigen (S. 227–246), der die Subjektstheorie bestätige (S. 246–254), wobei am Ende die Subjektstheorie doch wieder ohne jeglichen Bezug auf die angeblich so grundlegenden Prinzipien (re-)formuliert und erläutert wird (S. 255–257). Dabei stellt sich auch die Frage, wie es möglich ist, bereits die „Prinzipien des Privatrechts“ (S. 174)

Die These, dass die Privatautonomie kein notwendiges (formales) Definitionsmerkmal des Privatrechts darstellt, mag weniger gewagt erscheinen, wenn man sich vergewärtigt, dass auch auf grundrechtlicher Ebene der Privatautonomie nur eine eingeschränkte Bedeutung für das Privatrecht zukommt.²⁵ In vielen Bereichen (etwa Sachenrecht, Familienrecht, Sonderprivatrecht) gewährt das Privatrecht entweder gar keine oder nur eine sehr begrenzte rechtliche Gestaltungsfreiheit. Aber selbst dort, wo privatautonome Gestaltungsfreiheit grundsätzlich besteht (insbesondere im Schuldvertragsrecht), reichen bereits vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls aus, um eine Einschränkung zu rechtfertigen.²⁶ Dementsprechend existiert eine Vielzahl von Regelungen, mit denen der Gesetzgeber die Privatautonomie zum Schutz schwächerer Parteien ausgestaltet oder in diese zur Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen eingreift.²⁷

Schließlich ist zu bedenken, dass formale Abgrenzungstheorien – anders als materielle Prinzipien eines Rechtsgebiets – in der Regel übergreifende Gültigkeit anstreben, d. h. das Privatrecht unabhängig von einem konkreten Staat und seiner aktuellen Verfassung definieren sollen. Die Rechtsvergleichung (insbesondere mit Rechtsordnungen jenseits der westlichen Kulturkreise²⁸) und auch die jüngere Geschichte lehren uns aber, dass Privatrecht sehr unterschiedliche materielle Inhalte annehmen kann. Dazu muss sich nicht einmal das geschriebene Recht ändern, wie das Beispiel des BGB während der NS-Diktatur und in der DDR bis 1957/1975 zeigt.²⁹ Wäre die Privatautonomie tatsächlich ein notwendiges Definitionsmerkmal des Privatrechts, wie es die h. M. suggeriert, müsste konsequenterweise den auf Grundlage des BGB während der Nazizeit und in der DDR vorgenommenen Rechtsgeschäften und sonstigen Privatrechtsakten die Eigenschaft als Privatrecht abgesprochen werden.³⁰ Diese Konsequenz wird aber – soweit er-

zu ergründen, wenn es doch gerade darum geht, zu klären, welche Normen überhaupt dem Privatrecht zuzurechnen sind.

²⁵ Ausführlich oben S. 291 ff.

²⁶ Siehe oben S. 304.

²⁷ Zu Ausgestaltung und Eingriff als unterschiedliche Modi der Beeinträchtigung von Grundrechten oben S. 277 ff.

²⁸ Siehe dazu z. B. *Yassari*, in: HWB des Europäischen Privatrechts (2009), Bd. I, S. 913 ff.; *Zweigert / Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996), S. 280–313.

²⁹ Am 1. Januar 1958 trat das Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft (Vertragsgesetz) vom 11.12.1957, DDR-GBl. I, S. 627 in Kraft; dazu *Drobnig*, JZ 1960, 233 ff. Zum 1. Januar 1976 trat das Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.06.1975, DDR-GBl. I, S. 465 in Kraft, welches auch formell das bis dahin noch geltende BGB ersetzte.

³⁰ Der Versuch, materielle Wertungen zur notwendigen Voraussetzungen von Recht zu erheben, ist in der Nachkriegszeit unter dem Schlagwort der „Radbruchschen Formel“ bekannt geworden; vgl. *Radbruch*, SJZ 1946, 105, 107: „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“ Erwogen, aber im Ergebnis abgelehnt von BVerfGE 3, 225, 232 f.; 6, 132, 198; 6, 389, 414. In der

sichtlich – nirgends gezogen und das zu Recht. Denn auch die Privatautonomie ist nur ein Wert, der von außen in das Privatrecht hineingetragen wird. Allein das BGB wurde schon in den Dienst ganz unterschiedlicher Ideologien gestellt: des Liberalismus, des völkischen Rechtsdenkens, der sozialen Marktwirtschaft, um nur einige zu nennen.³¹

Vor diesem Hintergrund erscheint generell Vorsicht angeraten gegenüber allen Versuchen, den Begriff des Privatrechts materiell aufzuladen. Privatrecht ist das Recht der Individualrechtsverhältnisse – nicht mehr, aber auch nicht weniger.³²

2. Historische Bedeutung der Privatautonomie

Wenn also der Zusammenhang von Privatrecht und Privatautonomie kein notwendiger, sondern lediglich ein kontingenter ist, stellt sich die Frage, wie es dazu gekommen ist, dass der Privatautonomie heutzutage allenthalben³³ eine fundamentale Bedeutung für das Privatrecht zugeschrieben wird. Entgegen der verbreiteten Auffassung, dass die grundlegende Bedeutung der Privatautonomie Ausfluss des 19. Jahrhunderts sei,³⁴ hat *Mayer-Maly* darauf hingewiesen, „dass das Lob der Privatautonomie erst seit 1945 gesungen wird.“³⁵ Es erscheint daher lohnend, den historischen Grundlagen der Privatautonomie etwas genauer nachzugehen.³⁶ Dabei stößt man allerdings sogleich auf die Schwierigkeit, dass die Bedeutung des Ausdrucks recht unklar ist.³⁷

Beginnt man mit dem Ausdruck „Privatautonomie“ selbst, so ist zu konstatieren, dass dieser im 19. Jahrhundert keineswegs allgemein anerkannt war. Die Wurzeln des Ausdrucks gehen zurück auf die Rechtsquellenlehre, wo das Konzept der „Autonomie“ für „die Befugniß gewisser Kreise im Staate, Rechtsnor-

Sache angewendet wurde diese Regel (ohne *Radbruch* zu zitieren) in BVerfGE 23, 98, 106; 54, 53, 67 f. (im Zusammenhang mit der Ausbürgerung von Juden durch die NS-Diktatur) sowie in BGHSt 39, 1, 16; 41, 101, 105 und BVerfGE 95, 96, 134 (im Zusammenhang mit den Todeschüssen an der innerdeutschen Grenze).

³¹ Zu „Moden“ in der Privatrechtsentwicklung siehe *Kennedy*, in: Trubek/Santos (Hrsg.), *The New Law and Economic Development* (2006), S. 19 ff.

³² Zu den mit dieser Definition verbundenen Folgen ausführlich unten S. 558 ff.

³³ Siehe Nachweise S. 523, Fn. 5.

³⁴ So etwa *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 135, 145–147; *Repgen*, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung* (2007), S. 11, 45–49, 62–66.

³⁵ *Mayer-Maly*, in: FS Kramer (2004), S. 21, 25.

³⁶ Erstaunlicherweise enthalten auch Monografien zum Thema Privatautonomie kaum Hinweise zur Begriffsgeschichte; so z. B. *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999); *Bydlinski*, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967). Soweit ersichtlich, setzt sich vor allem *Mayer-Maly*, in: Lampe (Hrsg.), *Verantwortlichkeit und Recht* (1989), S. 268, 271–273 mit der Begriffsgeschichte auseinander; die geistesgeschichtlichen Hintergründe behandelt *Murakami*, in: FS Müller-Freienfels (1986), S. 467 ff. Siehe außerdem *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?* (2001), S. 23–32 und passim; *Püls*, *Parteiautonomie* (1995), S. 24–26.

³⁷ Dazu bereits oben S. 65.

men zu begründen“³⁸ stand. Wie auch heute noch etwa in dem Ausdruck „Satzungsautonomie“ verwendet, bezeichnete der Begriff „Autonomie“ also die „Befugnis [...], sich selbst Recht zu setzen“.³⁹ Vor diesem Hintergrund war umstritten, ob auch die Freiheit, den Inhalt von Rechtsgeschäften selbst bestimmen zu dürfen, als „(Privat-)Autonomie“ bezeichnet werden sollte.

Am klarsten wurde dies bejaht in einem Lexikon-Artikel von *Wilda*, in welchem er die Autonomie der Individuen – die „Privatautonomie“ – von der dem Staat, den Verbänden und allgemein den „Gesamtheiten“ zukommenden Autonomie abgrenzte. Während letztere das „Recht der Selbstgesetzgebung“ bezeichne, könne man die Privatautonomie nicht darunter fassen; den Privaten stehe vielmehr lediglich „das Recht zu, Rechtsverhältnisse durch Verträge zu ordnen“, was aber nicht als „Macht, Rechtssätze aufzustellen“, sondern als Befugnis, die „Rechtsverhältnisse zu ordnen“ (worunter *Wilda* die Begründung, nähere Ausgestaltung und das Abweichen von dispositivem Recht verstand), anzusehen sei.⁴⁰ Dieser Artikel, der bereits eine erhebliche Übereinstimmung mit dem heutigen Sprachgebrauch zeigt, stellte aber eine Ausnahme dar und blieb für die allgemeine Debatte weitgehend folgenlos.⁴¹ Der sonstige Diskurs über „Privatautonomie“ im 19. Jahrhundert leidet darunter, dass die Begriffsverwendung völlig uneinheitlich war.⁴²

Repräsentativ ist insoweit die Ansicht von *Thibaut*, „jeder, welcher nicht durch geschriebene Gesetze gebunden ist, kann sich vertragsmässig selbstgebilligten Gesetzen unterwerfen, ohne einer allgemeinen Erlaubnis oder besonderen Billigung des Gesetzgebers zu bedürfen“, der er erläuternd hinzufügte, „dass man die ungeschriebenen Gesetze, welche die Bürger sich selbst oder anderen geben, *Autonomie-Gesetze* zu nennen pflegt“.⁴³ Wie die für die letzte Aussage genannten Quellen zeigen, legte *Thibaut* einen Autonomiebegriff zugrunde, der wenig mit unserem heutigen Verständnis von Privatautonomie gemein hat, indem er nicht die allgemeine Freiheit zum Abschluss von Rechtsgeschäften, sondern lediglich ganz bestimmte Konstellationen bezeichnet, nämlich einerseits Rechtshandlun-

³⁸ *Enneccerus*, Das Bürgerliche Recht, Bd. I¹ (1900), S. 24. Als Beispiel nennt *Enneccerus*, ebd., S. 24 f. die Landesherren, bestimmte fürstliche Familien, diejenigen Häuser, die vor 1806 reichsständisch waren und dann mediatisiert wurden, und den ehemaligen Reichsadel. Die Autonomie der Genannten ergab sich unter Geltung des BGB aus den Vorbehalten der Art. 57 und 58 EGBGB.

³⁹ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I (1895), S. 142.

⁴⁰ *Wilda*, in: Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, Bd. I (1839), S. 539, 545–551 (Sperrung weggelassen).

⁴¹ So auch *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? (2001), S. 47. Rezipiert wurde *Wilda* aber etwa von *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I² (1882), S. 132 mit Fn. 5.

⁴² Die von *Mayer-Maly*, in: Lampe (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht (1989), S. 268, 271 konstatierte „allmähliche[] Präzisierung des Sprachgebrauchs“ ist bis zum Ende des 19. Jahrhunderts kaum auszumachen.

⁴³ *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. I² (1805), S. 11, 17 (Hervorhebung im Original).

gen, die zur Begründung von Gewohnheitsrecht führen,⁴⁴ und andererseits die (privatrechtlichen) Befugnisse von Herrschern und Eigentümern,⁴⁵ wie sie heute (unter dem ungeteilten Eigentumsbegriff des BGB) allenfalls noch in Form des Hausrechts eines Grundeigentümers auftreten.⁴⁶ Im erstgenannten Sinne, im Zusammenhang mit der Begründung von Gewohnheitsrecht, wurde der Ausdruck etwa auch von *Puchta* verwendet,⁴⁷ der auf die Herkunft aus dem altgermanischen Recht verweist, wo sich der Einzelne quasi als Vorbehalt von dem staatsbegründenden Gesellschaftsvertrag seine „natürliche“ Freiheit, „wirkliches Recht“ zu setzen, erhalten habe.⁴⁸ Mit Blick auf das zeitgenössische Recht verwahrte sich *Puchta* aber ausdrücklich gegen Versuche, „auch die regelmäßige Wirkung

⁴⁴ *Thibaut* bezieht sich einerseits auf *Pütters* „Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte“, in denen dieser tatsächlich von der Autonomie als der „Freyheit seine Geschäfte und Rechtsverhältnisse nach selbsterwehlten Richtschnuren einzurichten“ spricht; *Pütter*, *Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte*, Bd. II (1779), S. 11. Allerdings steht diese Definition bei *Pütter* in einem Abschnitt, in dem er untersucht, „welche Richtschnuren des bürgerlichen Privatrechts gelten [sollen], wenn ein Volk ohne Gesetzbuch lebt“; ebd., S. 9. Als solche „Richtschnuren“ nennt er einerseits das Naturrecht und andererseits das Gewohnheitsrecht, welches sich daraus ergebe, dass die zunächst von Einzelnen auf Grundlage ihrer Autonomie getroffenen „Entschliessungen“ von ihnen selbst und anderen rezipiert werden, bis daraus „Gewohnheiten ganzer Gemeinheiten, Städte, Länder, oder auch ganzer Stände“ entstehen; ebd., S. 11–13. Daher, so folgert *Pütter*, könne man die Autonomie als „die Mutter von Gewohnheitsrechten“ bezeichnen, „die, wenn man sie auf ihre erste Quelle zurückführt, immer in der Autonomie ihren ersten Grund haben“; ebd., S. 13.

⁴⁵ Als zweite Quelle stützt sich *Thibaut* auf die Abhandlung von *Johann Christian Majer* über die „Autonomie vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelstandes“, der darin die „Autonomie“ als Verbindung von Oberherrschaft oder Eigentum mit der Freiheit definiert; *Majer*, *Autonomie vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelstandes* (1782), S. 97. Damit werden also Konstellationen bezeichnet, in denen dem Oberherren oder Eigentümer nicht nur die – für zeitgenössischen Juristen selbstverständliche – Befugnis zusteht, seinen Untertanen oder Untereigentümern Regeln vorzugeben (zum System des geteilten Eigentums ausführlich oben S. 122 ff.), sondern in denen er selbst nicht seinerseits einer Oberherrschaft untersteht, nach deren Maßgabe er sich bei seiner Regelgebung zu richten hat; ebd., S. 96, 102. Sehr kritisch zu *Majers* Werk *Gerber*, *AcP* 37 (1854), 35 mit Fn. 1 („unvollendete[s] und verwirrte[s] Buch“).

⁴⁶ Vgl. BGH NJW 2012, 1725: „Das Hausrecht beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht es seinem Inhaber, in der Regel frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt. In ihm kommt insbesondere die – ihrerseits aus der grundrechtlichen Eigentumsgarantie (Artikel 14 GG) fließende – Befugnis des Eigentümers zum Ausdruck, mit der Sache grundsätzlich nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen (§ 903 S. 1 BGB).“ (interne Verweise weggelassen).

⁴⁷ *Puchta*, *Pandekten*² (1844), S. 17 mit Fn. d): „So kann namentlich ein autonomisches Recht in der Gewohnheit hervortreten, d.h. eine von Corporationen und Behörden, denen keine gesetzgebende Gewalt zukommt, ausgehendes Recht, welches, wenn es auf ausdrücklicher Festsetzung beruht, Statut, wenn auf stillschweigender Uebereinkunft, Observanz genannt wird.“

⁴⁸ *Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. I (1828), S. 157 f. Diese Vorstellung scheint offensichtlich vom kantischen Privatrechtsbegriff beeinflusst zu sein, der einen „natürlichen Zustand“ vor dem Übergang zur „bürgerlichen Gesellschaft“ beschreibt; vgl. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 305–307.

der Verträge und sonstigen Privatdispositionen [...] als eine Folge der Autonomie und als den niedrigsten Grad derselben“ anzusehen.⁴⁹ Daneben wurde unter dem Ausdruck „Privatautonomie“ auch die Derogation von dispositivem Gesetzesrecht⁵⁰ und das, was man heute im Internationalen Privatrecht als „Rechtswahl“ bezeichnen würde,⁵¹ behandelt.

Bei dieser weiten Begriffsverwendung⁵² handelte es sich aber nicht um die vorherrschende Auffassung. Neben *Puchta* warnte insbesondere *Savigny*⁵³ davor, Verträge und Gesetze als gleichrangige Rechtsquellen anzusehen und fügte hinzu: „Zu [diesem] Irrthum hat viel beigetragen der vieldeutige Ausdruck *Autonomie*“.⁵⁴ An anderer Stelle spricht *Savigny* davon, es handle sich um einen „Kunstaussdruck“, der allein die „Befugniß des deutschen Adels und mancher Korporationen, ihre eigenen Verhältnisse durch eine Art innerer Gesetzgebung selbständig zu ordnen“ bezeichne.⁵⁵ Gegen die Verwendung des Ausdrucks (Privat-)Autonomie wandten sich etwa auch *Beseler*,⁵⁶ *Gierke*⁵⁷ und *Unger*.⁵⁸ Eine ganze Abhandlung widmete *Gerber* dem Thema, die in dem Satz gipfelte:

Autonomie ist [...] nichts Anderes als ein *unjuristischer* Ausdruck für die größere oder geringere Handlungs- und Dispositionsbefugnis gewisser Personen und Genossenschaften in Rücksicht auf den durch das bestehende Recht nachgelassen Spielraum – ein Ausdruck, der zur Vermeidung von Unklarheiten und Mißverständnissen aus der Rechtssprache überhaupt verbannt werden sollte.⁵⁹

⁴⁹ *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I (1828), S. 158; siehe auch *ders.*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. II (1837), S. 107 mit Fn. 149.

⁵⁰ *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1823), S. 83.

⁵¹ *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1823), S. 98, 108–110; *Mittermaier*, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I⁶ (1842), S. 115; dagegen *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII (1849), S. 112 f.

⁵² Mit Bezug auf Rechtsgeschäfte auch *Eichhorn*, Einleitung in das deutsche Privatrecht (1823), S. 83–85; *Mittermaier*, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I⁶ (1842), S. 91–94; *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I² (1882), S. 132; *Zachariä*, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. II² (1854), S. 139–141.

⁵³ Soweit *Mayer-Maly*, in: Lampe (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht (1989), S. 268, 272 zwischen den Auffassungen von *Savigny* und *Puchta* einen Gegensatz konstruiert, trifft dies nicht zu. Wie gerade gezeigt, befürwortete *Puchta* den Ausdruck „Autonomie“ nur im Zusammenhang mit dem Gewohnheitsrecht, nicht aber allgemein mit dem Abschluss von Rechtsgeschäften. Im ersten Zusammenhang billigte auch *Savigny* die Begriffsverwendung ausdrücklich; vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII (1849), S. 113 mit Fn. (b).

⁵⁴ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 12 mit Fn. (b) (Hervorhebung im Original).

⁵⁵ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII (1849), S. 112 f.

⁵⁶ *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I³ (1873), S. 70 f.

⁵⁷ *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I (1895), S. 143: „Man darf weder die Autonomie in den Begriff des Rechtsgeschäfts noch in das Rechtsgeschäft den Begriff der Autonomie hineinbringen.“

⁵⁸ *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I⁵ (1892), S. 31 mit Fn. 2, der die Privatautonomie als die „Autonomie im uneigentlichen vulgären Sinn“ bezeichnet.

⁵⁹ *Gerber*, AcP 37 (1854), 35, 62 (Hervorhebung im Original).

Auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts war die Begriffsverwendung keineswegs unumstritten,⁶⁰ weshalb *Fritz von Hippel* in seiner 1930 fertiggestellten Habilitationsschrift feststellte, dass „[d]er Ausdruck ‚Privatautonomie‘ [...] in der heutigen Jurisprudenz wenig angesehen [ist]“.⁶¹ So verstand etwa *Kelsen* in seiner „Reinen Rechtslehre“ die Privatautonomie als den Bereich, in dem die Rechtsordnung „das zu verpflichtende Subjekt“ an der „Rechtserzeugung“ beteiligt.⁶² Fast zeitgleich versuchte *Manigk*, in Reaktion auf die in der „Neuen Rechtswissenschaft“ vorherrschende Tendenz zur Tilgung des subjektiven Rechts aus dem nationalsozialistischen Recht,⁶³ die Privatautonomie als objektive Rechtsquelle auszuweisen, indem das objektive Recht den Einzelnen ermächtigte, in begrenztem Umfang selbst Recht zu setzen.⁶⁴

Erst in der frühen Bundesrepublik eroberte der Ausdruck „Privatautonomie“ die zentrale Stellung im Privatrecht, die ihm auch heute noch ganz überwiegend zugesprochen wird. Weitreichende Einigkeit besteht darüber, dass Privatautonomie als Sammelbegriff von Vertragsfreiheit, Eigentumsfreiheit und Vererbungsfreiheit fungiert,⁶⁵ wobei diese Freiheiten nicht nur bestimmte Bereiche bezeichnen, welche das positive Recht der Parteidisposition überlässt, sondern die *normative* Notwendigkeit einer Selbstbestimmung begründen sollen. Insoweit die genannten Freiheiten – insbesondere die Eigentumsfreiheit⁶⁶ – als Ergebnis der Rechtsentwicklung im 19. Jahrhundert angesehen werden können, lässt sich auch die Privatautonomie als Errungenschaft des 19. Jahrhunderts verstehen.⁶⁷

⁶⁰ Den Ausdruck „Privatautonomie“ im heutigen Sinne verwenden etwa *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I¹ (1898), S. 146; *Heck*, Grundriß des Schuldrechts (1929), S. 5 f., 121–126. Dagegen referierte *Enneccerus*, Das Bürgerliche Recht, Bd. I¹ (1900), S. 24 lediglich die klassische Bedeutung als Befugnis zur Begründung von Rechtsnormen und *Oertmann*, Komm. z. BGB, Bd. I³ (1927), Vorbem. zu §§ 104 ff. Anm. 3a (S. 318) vertrat die Ansicht, der Ausdruck Privatautonomie sei „zu vermeiden, da er auf eine ursprüngliche, den Parteien vom Staat lediglich *belassene* Gestaltungsmacht hinweist.“ (Hervorhebung im Original).

⁶¹ *F. v. Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), S. 62 mit Fn. 7 (Hervorhebung im Original).

⁶² *Kelsen*, Reine Rechtslehre¹ (1934), S. 110.

⁶³ Dazu *Klippel*, in: Rückert/Willoweit (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit (1995), S. 31, 34–37. Siehe beispielhaft „zur Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht“ im „völkischen Recht“ *E. R. Huber*, ZgS 1938, 310 ff.

⁶⁴ *Manigk*, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen (1935). Siehe insbesondere S. 54: „Privatautonomie [ist] wie jede andere Autonomie im Legalsystem nur auf Grund einer legalen Ermächtigungsnorm denkbar, die das Subjekt, den Gegenstand und Inhalt der Selbst-Rechtssetzungsbefugnis sowie deren Wirkungsradius oder Gestaltungsumkreis festsetzt.“ und S. 64: „Es besteht kein das Wesen angehender Unterschied zwischen der Rechtssatzung des Gesetzgebers, der Verwaltungsbehörde, des Richters, der arbeitsrechtlichen Organe und der privatrechtlichen Partei eines Rechtsgeschäfts.“ (Sperrung weggelassen).

⁶⁵ Siehe nur *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), S. 8. Demgegenüber rechnet *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 46 neben Vertrags-, Eigentums- und Testierfreiheit auch noch die Vereinigungsfreiheit zur Privatautonomie.

⁶⁶ Dazu oben S. 126.

⁶⁷ Während die Herausbildung der Vertragsfreiheit zu grundlegenden sozio-ökonomischen

Allerdings ist es kaum möglich, einen über diesen gemeinsamen Ausgangspunkt hinausreichenden einheitlichen Diskurs über „die Privatautonomie“ zu identifizieren. Der Grund liegt darin, dass sehr unterschiedliche normative Begründungen für die Notwendigkeit der freien Parteidisposition vertreten werden. In einem ersten Zugriff lassen sich individualistische und institutionelle Ansätze unterscheiden.

Individualistische Begründungen der Privatautonomie betonen die Notwendigkeit der Zustimmung des Einzelnen zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung.⁶⁸ Damit wird zugleich die Trennung zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Verpflichtung hervorgehoben,⁶⁹ wobei im Einzelnen Streit darüber herrscht,

Umwälzungen führte (siehe dazu nur *Grimm*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (1987), S. 165 ff.), spiegelten sich diese kaum in der juristischen Literatur des 19. Jahrhunderts wider; vgl. *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?* (2001), S. 153 (die Kritiken von *Menger*, *Gierke* und *Baron* am 1. Entwurf des BGB als Ausnahmen). Die juristische Literatur sprach der Vertragsfreiheit nicht die grundlegend staatstheoretische Bedeutung zu, die heutzutage für die Privatautonomie in Anspruch genommen wird. Betont wurden die grundsätzliche Form- und Inhaltsfreiheit; so z. B. *Stobbe*, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts* (1855), S. 8–25. Dabei handelte es sich aber eher um eine technische Frage als um eine Grundaussage zum Charakter des Privatrechts; in diesem Sinne widmet noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts *Enneccerus* in seinem neuen Lehrbuch der Vertragsfreiheit nur drei Sätze: „Wie nach dem gemeinen Recht so gilt auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Vertragsschließenden können also Schuldverhältnisse jeden Inhaltes frei vereinbaren, so weit sie nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen [...]. Auch die Form des Vertrages ist regelmäßig frei; ausnahmsweise ist jedoch Schriftform, Beurkundung oder Beglaubigung vorgeschrieben“; *Enneccerus*, *Das Bürgerliche Recht*, Bd. I¹ (1900), S. 394. Ähnlich bereits *Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II⁶ (1887), S. 205–208, 213–215, der bei der Behandlung von Inhalts- und Formfreiheit des Vertrags auf den Ausdruck „Vertragsfreiheit“ ganz verzichtet. Auch in der Weimarer Zeit, als die Vertragsfreiheit durch Art. 152 Abs. 1 WRV ausdrücklich gewährleistet wurde, änderte sich das Verständnis nicht grundlegend; vgl. *Siber*, *Jher. Jb.* 70 (1921), 223, 225, der betont, dass die Quelle der Vertragsfreiheit nicht die Verfassung, sondern das Gesetz sei.

⁶⁸ In diesem Sinne bereits Mot. I, S. 126: „*Rechtsgeschäft* im Sinne des Entwurfes ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.“ (Hervorhebung im Original). Grundlegend des Weiteren *F. v. Hippel*, *Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie* (1936), S. 61 f. Aus der neueren Literatur siehe z. B. *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang* (1999), S. 14–16; *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992), S. 4 f.; *Hofer*, in: *HKK BGB* (2003), vor § 145 Rn. 10; *Lobinger*, *Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung* (1999), S. 94 f.; *Merz*, *Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit* (1970), S. 1–3; *Singer*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen* (1995), S. 45; *Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich* (1970), S. 23–27. Demgegenüber betont *Reinhardt*, in: *FS Schmidt-Rimpler* (1957), S. 115, 126 die Bedeutung der öffentlichen Interessen.

⁶⁹ Beispielhaft *Mayer-Maly*, in: *FS Nipperdey* (1965), Bd. I, S. 509, 518 f.: „Vertrag und Delikt bilden im Recht des BGB nicht zwei größere unter mehreren anderen Gruppen potentieller Verpflichtungsgründe. Es steht daher der Lehre nicht frei, den Kreis der Entstehungsgründe von Obligationen zu reformieren. [...] Normen wie § 305 BGB [...] bringen den Grundsatz zum Ausdruck, daß nicht auf einem Delikt beruhende Verpflichtungen regelmäßig nur auf einer Willensbindung der Beteiligten beruhen können.“ Zur Herkunft der Unterscheidung siehe *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, 1131a. Die rechtssystematische Verwendung als Abgren-

inwieweit auch fahrlässiges Handeln oder die Schaffung von Vertrauenstatbeständen noch der privatautonomen Rechtsbegründung zugerechnet werden können.⁷⁰ Eine solche Begründung der Privatautonomie kann sich insbesondere auf die im 19. Jahrhundert entwickelte Willenstheorie der Willenserklärung⁷¹ berufen,⁷² wobei die Einschränkungen durch den Vertrauensschutz auf die Erklärungstheorie verweisen können.⁷³

Demgegenüber betonen institutionalistische Ansätze die gesellschaftliche Bedeutung des privatautonom geschlossenen Rechtsgeschäfts. Das Konsensprinzip und die ihm zugrunde liegende Willensfreiheit werden als Ausdruck einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft verstanden, als Grundlage der marktwirtschaftlichen Ordnung.⁷⁴ Diese Auffassung von Privatautonomie findet im 19. Jahrhundert Vorläufer sowohl in der nationalökonomischen Debatte über die

zung geht auf *Gaius*, Institutiones III, 88 zurück; dazu *Zimmermann*, The Law of Obligations (1996), S. 10–13.

⁷⁰ Siehe einerseits *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971), S. 442–445 (Vertrauenshaftung als „Haftung kraft Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr“); ähnlich *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967), S. 131–151; weiterhin *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung (1972), S. 176–180 („normativer Konsens“); *Manigk*, Das rechtswirksame Verhalten (1939), S. 217 (Tatbestand der „Erklärungsfahrlässigkeit“ neben der „vorsätzlichen“ Willenserklärung); dagegen insbesondere *Picker*, AcP 183 (1983), 369, 393–410; siehe andererseits *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung (1999), S. 133–172; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 123–127 (jeweils zur Bindung an eine gemäß § 119 Abs. 1 BGB anfechtbare Willenserklärung auf Grundlage einer rein willens-theoretischen Rechtsbegründung).

⁷¹ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. III (1840), S. 257–263, insb. S. 258; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I⁶ (1887), S. 218; *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879), S. 340–343. Siehe auch Äußerungen des frühen *Jherings*, z. B. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. II.1⁴ (1881), S. 140: „Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerks entkleidet und auf seinen juristischen Kern zurückgeführt, ist Willensmacht“.

⁷² Explizit zum Zusammenhang zwischen Willenstheorie und Privatautonomie *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879), S. 245: „Die juristische Willenserklärung besteht demnach darin, dass die Beabsichtigung einer Rechtsfolge und die Erklärung dieser Beabsichtigung Thatbestandsmomente für das Eintreten der Rechtsfolge sind. Diess ist die Form, in welcher das objective Recht die Autonomie der Person im Privatrecht verwirklicht hat“. Siehe auch *F. v. Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), S. 62: „Das Vorliegen willkürlicher Selbstbestimmung ist den heutigen Rechtsgeschäften charakteristisch. Der alte Ausdruck, es handle sich beim Rechtsgeschäft um das Gebiet der ‚Privatautonomie‘, kennzeichnet diesen Zustand aufs beste.“ (Hervorhebung im Original; Fußnoten weggelassen).

⁷³ *Bähr*, Jher. Jb. 14 (1875), 393 ff.; *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (1897), S. 40 und passim; *Roever*, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen (1874), S. 17–20.

⁷⁴ So (mit unterschiedlichen Akzentuierungen) *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 94 f.; *Hallstein*, SJZ 1946, 1, 6 f.; *Mestmäcker*, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz² (1984), S. 397, 398 f.; *ders.*, ZHR 137 (1973), 97 ff.; *L. Raiser*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 101, 104–108, 116 f.; *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 ff.; *Steindorff*, in: FS Raiser (1974), S. 621, 627; auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967), S. 547 f.; krit. *Wietbölter*, in: FS Raiser (1974), S. 645 ff.

Prinzipien des Privatrechts⁷⁵ als auch in der staatsrechtlichen Konzeption einer Trennung von Staat und Gesellschaft, die im Kern darauf ausgerichtet war, der neu entstehenden Bürgerschaft Freiheitsrechte gegen den Monarchen zu sichern.⁷⁶ Kennzeichnend für die institutionalistische Konzeption der Privatautonomie ist einerseits die Postulierung einer „Privatrechtsgesellschaft“,⁷⁷ die in Abgrenzung zur sozialistischen Planwirtschaft⁷⁸ und in Anlehnung an v. Hayek⁷⁹ für ein ordoliberales Modell von Marktwirtschaft steht. Andererseits betonen institutionalistische Ansätze die Gefährdung der Privatautonomie durch wirtschaftliche Macht, insbesondere Kartelle.⁸⁰

Der Aufstieg der Privatautonomie in der Nachkriegszeit innerhalb beider skizzierten Diskurse bewegt sich im Rahmen der „Wiederherstellung des Privatrechts“⁸¹ nach der Katastrophe der NS-Diktatur und kann daher als wichtiger Schritt zur Etablierung der Privatrechtswissenschaft der jungen Bundesrepublik angesehen werden. So klar die unterschiedlichen Begründungen jeweils ein Bild der Privatautonomie zeichnen, so vage sind aber die daraus folgenden normativen Implikationen für die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung.

Während die philosophische Begründung der Privatautonomie mit der Anerkennung der individuellen Willkür als Geltungsgrund zugleich auf dessen *sittliche* Begrenzung hinweist,⁸² wurde von den Vertretern einer individualistischen Privatautonomie eine solche Einschränkung nur teilweise angedacht,⁸³ als *rechtliche* Wirksamkeitsgrenze aber im Allgemeinen abgelehnt.⁸⁴ Damit stellt sich das Problem, dass aus Sicht des individualistischen Verständnisses von Privatautonomie diese zwar die individuelle Selbstgestaltung garantiert, *soweit* die Rechts-

⁷⁵ Dazu Hofer, Freiheit ohne Grenzen? (2001), S. 74–99; vgl. auch Schön, Der Nießbrauch an Sachen (1992), S. 24, 27–39 (der auch die Parallelen zur modernen ökonomischen Analyse des Rechts herausstellt).

⁷⁶ Zu dieser ausführlich oben S. 228 ff.

⁷⁷ Grundlegend Böhm, ORDO 17 (1966), 75 ff. Siehe auch Mestmäcker, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 35 ff.

⁷⁸ Diesen Aspekt betonen z.B. Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 132–134; Mayer-Maly, in: FS Nipperdey (1965), Bd. I, S. 509, 517 f.; L. Raiser, JZ 1958, 1, 2 f.; ders., in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 101, 106, 117.

⁷⁹ Insbesondere v. Hayek, Der Weg zur Knechtschaft (1945); ders., Die Verfassung der Freiheit⁴ (2005).

⁸⁰ Grundlegend dazu bereits Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf (1933); Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie⁶ (1950), S. 53; siehe außerdem Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235 ff.; L. Raiser, JZ 1958, 1, 6–8; Rittner, AcP 188 (1988), 101 ff. Diese Auffassung führte letztlich zum Erlass des GWB; siehe zur Gesetzesgeschichte Nörr, Die Leiden des Privatrechts (1994), S. 139–221.

⁸¹ So der Titel der Rektoratsrede von Hallstein, SJZ 1946, 1 ff.

⁸² Dies hat Murakami, in: FS Müller-Freienfels (1986), S. 467–472 unter Verweis auf Kant und Hegel herausgearbeitet. Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. I⁴ (1878), S. 82 f. zieht einen ähnlichen Schluss für das klassische römische Recht.

⁸³ So insbesondere Ballerstedt, in: Die Grundrechte, Bd. III.1 (1958), S. 1, 67 unter Verweis auf Hegel.

⁸⁴ Ausdrücklich etwa Flume, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 135, 141.

ordnung rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit gewährt,⁸⁵ dass sie aber keine Kriterien dafür liefert, *wie weit* dieser Bereich privatautonomer Selbstbestimmung reichen soll.⁸⁶ Bis in die jüngste Zeit hinein werden allerdings Versuche unternommen, im Sinne der umfassendsten Bedeutung von Privatautonomie als einer vorstaatlich gegebenen ursprünglichen Freiheit⁸⁷ die „Gesellschaft“ als das Primäre auszuweisen und dem Staat als demjenigen, „der einen der Gesellschaft genuin zustehenden Regelungsraum für sich in Anspruch nimmt“ die Rechtfertigungslast für eine solche Inanspruchnahme aufzuerlegen.⁸⁸ Dies hieße aber, hinter die Einsicht *Kants* zurückzufallen, dass mit der Entstehung des Staats sich ein vorstaatliches Privatrecht in einen „gesetzlichen Zustand“ wandelt, der Grundlage für die auf dem staatlichen Gewaltmonopol beruhende Sicherheit der Bürger vor gegenseitigen Übergriffen ist und dem deshalb staatsbürgerlicher Gehorsam gebührt.⁸⁹ Nicht nur die staatlich monopolisierte Durchsetzung des Privatrechts, sondern auch der Umstand, dass die Privatautonomie in den Worten *Flumes* „begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat“ erfordert,⁹⁰ zeigen, dass sich das Privatrecht (jedenfalls seit dem Entstehen der Nationalstaaten) *innerhalb* der staatlichen Rechtsordnung und nicht *gegen* diese begründen muss. In diese Richtung weist auch die für die Nachkriegszeit kennzeichnende Tendenz zur „Materialisierung“ der Privatautonomie vom rein formalen Zustimmungssakt zur materiellen Selbstbestimmung,⁹¹ die sich gerade dadurch auszeichnet, dass sie *außerprivatrechtliche* Wertungen zur Bestimmung der Grenzen zulässiger Selbstbestimmung heranzieht.⁹²

Vor ähnlichen Problemen steht die institutionelle Privatrechtsbegründung. Hier hat insbesondere *Mestmäcker* die Ansicht vertreten, die Privatrechtsordnung sei „ein der Verfassung vorgegebenes Normensystem“, eine „Konkretisie-

⁸⁵ Zu Recht weist *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 1, 16 darauf hin, dass sämtliche Rechtsordnungen, auch sozialistische, Privatautonomie in diesem Sinne kennen, dass aber die entscheidende Frage ist, in welchem Bereich die Selbstbestimmung von Rechts wegen anerkannt wird.

⁸⁶ Auch die von *Rittner*, in: FS Müller-Freienfels (1986), S. 509, 519–521 für den angeblichen „Vorrang des Privatrechts“ angeführten Gründe haben durchweg keine normative Aussagekraft, sondern beschreiben vielmehr bestimmte komparative Vorteile des Privatrechts als Regelungsinstrument; dazu unten S. 545 ff.

⁸⁷ Siehe dazu die Ausführungen *Puchtas* zum altgermanischen Recht oben S. 531.

⁸⁸ *Zöllner*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 60; tendenziell auch *Bydliński*, in: FS Raisch (1995), S. 7, 19–23, der aber offenlässt (siehe aaO., S. 22), ob das „Subsidiaritätsprinzip“ als „ungeschriebenes Verfassungsrecht“ oder nur auf „unterverfassungsrechtlicher Stufe“ angesiedelt ist.

⁸⁹ Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 312, 319.

⁹⁰ *Flume*, Das Rechtsgeschäft⁴ (1992), S. 1.

⁹¹ Siehe nur *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 ff.; *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13 ff. sowie weitere Nachweise oben S. 64, Fn. 289.

⁹² Von seinem Standpunkt aus konsequent spricht sich *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 4–15 gegen jegliche Einwirkung grundrechtlicher Wertungen auf das Vertragsrecht aus.

„rung der Verfassung in der Rechtsordnung“.⁹³ Damit klingt der aus dem 19. Jahrhundert bekannte „Staatsdualismus“⁹⁴ an, der sich nun in der Gegenüberstellung von (hoheitlich) staatlicher Rechtsordnung und „spontaner Ordnung“ des Marktes ausdrückt.⁹⁵ Da aber gerade nach ordoliberaler Konzeption der Markt nicht völlig frei und damit nicht die ausschließliche Domäne der Privatautonomie ist,⁹⁶ stellt sich auch für die institutionalistische Begründung der Privatautonomie das Problem, dass die spontane Ordnung ihre Reichweite nicht aus sich selbst heraus bestimmen kann.

Damit zeigt sich, dass die Privatautonomie – will man nicht auf ein naturrechtliches und vorstaatliches Verständnis von Privatrecht zurückgreifen⁹⁷ – rein *privatrechtlich* gesehen ein eher technisches Prinzip darstellt, welches besagt, dass Rechtsgeschäfte zu ihrer Entstehung einer Mitwirkung der Privatrechtssubjekte bedürfen,⁹⁸ und welches insoweit das Gegenstück zur Officialmaxime des Öffentlichen Rechts bildet. Diese immanenten Begrenzungen der Privatautonomie als Grundsatz zur *eigenständigen* Begründung von Privatrecht werden nur deshalb in den Diskursen über die Privatautonomie kaum aufgegriffen,⁹⁹ weil als allgemein akzeptiert gilt, Privatautonomie unter Rückgriff auf *verfassungsrechtliche* Wertungen, insbesondere die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, zu rechtfertigen.¹⁰⁰

Die Privatautonomie als Strukturprinzip des Privatrechts stellt bei Lichte besehen nicht so sehr ein privatrechtliches Prinzip dar als ein Einfallstor für *grundrechtliche* Wertungen in die Privatrechtsordnung.¹⁰¹ Dies gilt nicht nur für die

⁹³ Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 240. Vgl. auch Hallstein, SJZ 1946, 1, 2.

⁹⁴ Rupp, in: HStR, Bd. II³ (2004), § 31 Rn. 7.

⁹⁵ v. Hayek, in: ders. (Hrsg.), Rechtsordnung und Handelsordnung (2003), S. 35 ff.; Mestmäcker, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz² (1984), S. 104 ff.

⁹⁶ Pointiert Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 98 f.

⁹⁷ Für Versuche, die Geltung von Willenserklärungen vorpositivistisch, insbesondere naturrechtlich zu erklären, siehe G. Husserl, Rechtskraft und Rechtsgeltung, Bd. I (1925), S. 39; F. v. Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), S. 91–105, insb. S. 98; Überblick über weitere Begründungsansätze bei Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (1966), S. 169 mit Fn. 49.

⁹⁸ Siehe auch bereits zum Verständnis der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert S. 533 f., Fn. 67.

⁹⁹ Siehe aber insbesondere Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), S. 28–42 zur Unmöglichkeit, die Grenzen der Vertragsfreiheit aus sich selbst heraus zu bestimmen.

¹⁰⁰ Nahezu jede Abhandlung zur Privatautonomie erwähnt heutzutage deren verfassungsrechtliche Grundlagen bzw. Verankerung. Kritisch allerdings Bydliniski, in: FS Raisch (1995), S. 7, 10–12 („etatistischer Rechtspositivismus“).

¹⁰¹ Pointiert Wagner, AcP 206 (2006), 352, 423: „Mit dem Prinzip der Privatautonomie bzw. ihrer Gewährleistung lassen sich normativ gehaltvolle Inhalte eigentlich nur im Verfassungsrecht gewinnen“. Grundlegend dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht Laufke, in: FS Lehmann (1956), Bd. I, S. 145 ff. Aus neuerer Zeit etwa P. Kirchhof, in: FS Ulmer (2003), S. 1211 ff. Von privatrechtlicher Seite wurde diese Einsicht bereits besonders klar von Enneccerus / Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I¹⁵ (1959), S. 73, 97 formuliert: „Das BGB ist die rechtliche Ausdrucksform der *privaten Wirtschaftsordnung*, die auf den Grund- und Freiheits-

institutionalistischen Ansätze, die neben Art. 2 Abs. 1 GG insbesondere auch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG als Grundaussage zugunsten eines demokratisch kontrollierten, marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystems anführen können,¹⁰² sondern gerade auch für die individualistische Begründung der Privatautonomie. So beginnt etwa *Flumes* berühmte Abhandlung über die Privatautonomie in der Juristentagsfestschrift mit dem Abschnitt „Privatautonomie und Grundgesetz“¹⁰³ und *Canaris* stellt fest, dass „[n]ahezu alle Strukturelemente der Privatrechtsgesellschaft [...] verfassungsrechtlich verbürgt [sind]: Vertragsfreiheit und Berufsfreiheit, Privateigentum und Erbrecht, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, sogar die privatrechtliche Verfaßtheit der Presse“.¹⁰⁴

Vor diesem Hintergrund wird auch verständlich, weshalb die Privatautonomie erst nach 1945 ihre herausragende Stellung errungen hat. Die historische Bedeutung der Privatautonomie als Grundprinzip des Privatrechts besteht darin, die Wertungen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und der (sozialen) Marktwirtschaft im Rahmen des vorkonstitutionellen¹⁰⁵ BGB zur Geltung zu bringen.

3. Heutige Bedeutung der Privatautonomie

Die Argumentation mit dem Privatrecht zugrunde liegenden materiellen Wertungen tritt insbesondere dann auf, wenn es darum geht, ein vorkonstitutionelles Privatrechtsgesetz den Erfordernissen einer neuen Staatsordnung anzupassen. In diesem Sinne wurde nach 1933 die Einheit des völkischen Rechts und die Maßgeblichkeit des Führerwillens, die jeweils keinen Platz für ein selbständiges Privatrecht ließen, betont¹⁰⁶ und nach 1945 „das Lob der Privatautonomie gesungen“. Die Beschwörung von (überpositiven bzw. höherrangigen) Wertungen des Privatrechts sagt daher meist mehr über die jeweilige Staatsverfassung als über das Privatrecht aus.¹⁰⁷ Obwohl in der Bundesrepublik inzwischen eine eigene,

rechten des Einzelnen im *freiheitlichen Rechtsstaat* beruht. [...] Es bedarf keiner Verteidigung der Eigenständigkeit des Privatrechts gegenüber dem Verfassungsrecht. Das Privatrecht erhält durch die Grundrechtsnormen Schutz, Festigung und Freiheit“. (Hervorhebung im Original; Fußnote weggelassen).

¹⁰² So z. B. *L. Raiser*, JZ 1958, 1, 5 f.; aus verfassungsrechtlicher Sicht *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung⁴ (2011), S. 23–53; *Papier*, in: Handbuch des VerfR (1984), Bd. I, § 18 Rn. 14–16.

¹⁰³ *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT (1960), Bd. I, S. 135, 136.

¹⁰⁴ *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873, 878 f.

¹⁰⁵ Zu den Schwierigkeiten, die sich aus dem vorkonstitutionellen Charakter des BGB für die Einwirkungen der Grundrechte ergeben, siehe bereits oben S. 267, Fn. 14 und S. 269, Fn. 26.

¹⁰⁶ *E. R. Huber*, ZgS 1938, 310 ff. Siehe auch die *Larenz*-Zitate oben S. 360 f.

¹⁰⁷ Aktuelle Referenzen auf die Privatautonomie verfolgen häufig das Ziel, das deutsche Privatrecht vor den Einflüssen des Unionsrechts zu schützen; in diese Richtung etwa *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (2007), S. 207, 214–218; *Reppen*, in: *Isensee* (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung* (2007), S. 11, 66 f. und passim; *Wagner*, in: *Blau-rock / G. Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert* (2010), S. 13, 40–52, 59–64;

freiheitliche Privatrechtstradition existiert, die für ihre Selbstvergewisserung nicht primär auf die Abgrenzung zur totalitären Vergangenheit oder zu konkurrierenden Wirtschaftssystemen angewiesen wäre, ist der Privatautonomiediskurs kaum über sein historisch geprägtes Fundament hinausgekommen – allerdings mit abnehmender Betonung der institutionellen Begründung der Privatautonomie.¹⁰⁸

Privatautonomie wird dabei allein auf das Privatrecht bezogen, so dass es nur um die Freiheit zur Selbstgestaltung der *Privatrechtsverhältnisse* zu gehen scheint.¹⁰⁹ Eine solche Einschränkung mag auf den ersten Blick allein semantischer Natur sein, in dem Sinne, dass der Ausdruck „Privatautonomie“ die Freiheit zum Abschluss und zur inhaltlichen Gestaltung privatrechtlicher Rechtsgeschäfte bezeichnen soll. Die ganz h. M. sieht aber in der Freiheit zur Selbstgestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse auch inhaltlich eine exklusive Domäne des Privatrechts.¹¹⁰

Die Erkenntnis, dass Privatautonomie als materielles Rechtsprinzip Ausfluss des Verfassungsrechts ist, legt nahe, diese Sichtweise auf den Prüfstand zu stellen. Dabei zeigt sich, dass die Fokussierung des Privatautonomiediskurses auf das Privatrecht zu kurz greift. Denn zweifelsohne gewähren die allgemeine Handlungsfreiheit sowie die besonderen Freiheitsrechte auch die Freiheit zur Selbstgestaltung von Rechtsverhältnissen jenseits des Privatrechts. Das betrifft zunächst die Freiheit zur rechtlichen Selbstgestaltung durch tatsächliches Handeln. So schreibt die StVO zwar die Verkehrsregeln vor, nicht aber, wann, wohin und zu welchem Zweck jemand die Straßen nutzen¹¹¹ soll;¹¹² diese Entscheidungen

Zöllner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 53, 65. Aufgrund der „Solange II“-Rechtsprechung des BVerfG (vgl. BVerfGE 73, 339, 387) erscheint es allerdings ein aussichtsloses Unterfangen, die nationale Privatautonomie gegen das Unionsrecht in Stellung bringen zu wollen. Erforderlich wäre vielmehr der Nachweis, dass die sekundärrechtlichen Begrenzungen der Vertragsfreiheit mit der *unionsrechtlich* verbürgten Privatautonomie unvereinbar sind und dass diese auch primärrechtlich begründete Eingriffe beschränkt.

¹⁰⁸ Eine Ausnahme bildet insoweit *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 16–18.

¹⁰⁹ Beispielhaft *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 219 („Kompetenz der Privatrechtssubjekte zur Setzung rechtsgeschäftlicher Regelungen“).

¹¹⁰ Siehe insbesondere die S. 523, Fn. 5 zitierten Autoren. Dagegen konstatiert *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 423 eine „Armut der Privatautonomie als Privatrechtsprinzip“.

¹¹¹ Die Nutzung einer öffentlichen Straße stellt insoweit einen rechtlichen Akt dar, als sie nur im Rahmen der Widmung (siehe z. B. § 2 Abs. 1 FStrG für Bundesfernstraßen) und im Rahmen der dadurch gesetzten rechtlichen Grenzen (siehe z. B. § 7 FStrG zum Gemeingebrauch der Bundesfernstraßen) zulässig ist. Die genauere Ausgestaltung des zulässigen Gemeingebrauchs beruht insbesondere auf den Verkehrseinrichtungen (Ampeln, Fahrbahnmarkierungen etc.), welche Allgemeinverfügungen i. S. v. § 35 S. 2 Alt. 3 VwVfG darstellen; *U. Stelkens*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁸ (2014), § 35 Rn. 330.

¹¹² Vor diesem Hintergrund ist die Vorschrift des § 30 Abs. 1 S. 3 StVO, derzufolge „unnützes“ Hin- und Herfahren innerhalb geschlossener Ortschaften verboten ist, wenn Andere dadurch belästigt werden, grundrechtlich durchaus fragwürdig; siehe auch AG Cochem NJW 1986, 3218, 3219 (§ 30 Abs. 1 S. 3 StVO sei nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und daher verfassungswidrig).

sind vielmehr dem Bereich privater Freiheit zuzuordnen, die sich in diesem Falle nicht rechtsgeschäftlich, sondern durch tatsächliches Verhalten verwirklicht. Das Verwaltungsrecht anerkennt aber auch die Freiheit zur *rechtlichen* Selbstgestaltung. Ein Grundstückseigentümer ist etwa frei, die baurechtliche Nutzung seines Grundstücks im Rahmen des geltenden Bebauungsplans selbst zu bestimmen.¹¹³ Freilich bedarf es zur Herbeiführung der Rechtswirkungen in der Regel noch eines Verwaltungsakts (im Beispiel der Erteilung einer Baugenehmigung), während die Besonderheit der privatrechtlichen Selbstgestaltung darin besteht, dass die Rechtsfolge durch die Willenserklärung des Privaten *direkt* herbeigeführt wird.¹¹⁴ Ein kategorialer Unterschied ergibt sich daraus allerdings nur dann, wenn man die Wirksamkeit einer Willenserklärung als vorpositivistisch, etwa naturrechtlich gegeben ansieht.¹¹⁵ Wenn man hingegen mit der ganz h.M. davon ausgeht, dass die privatautonome Selbstbestimmung im Privatrecht keine originäre Rechtssetzung¹¹⁶ bedeutet, sondern nur *im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung* gewährleistet wird,¹¹⁷ also für die rechtliche Wirksamkeit die staatliche Anerkennung oder einen Akt vorheriger Kompetenzzuweisung verlangt,¹¹⁸ verbleibt nur noch ein gradueller Unterschied zwischen privatrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Selbstgestaltung.

Es erscheint daher vorschnell, Privatautonomie auf den Bereich des Privatrechts zu beschränken. Die Freiheit einer privatrechtlichen Selbstgestaltung würde leicht inhaltsleer, wenn es dem Staat unbenommen wäre, mittels öffentlich-rechtlicher Normen etwa vertragliche Pflichten zu determinieren.¹¹⁹ Pri-

¹¹³ Verfassungsrechtlich ist umstritten, ob die „Baufreiheit“ genuiner Ausfluss der Eigentumsgarantie von Art. 14 Abs. 1 GG ist (so die herkömmliche Auffassung) oder ob nur von einer durch die öffentlich-rechtlichen Gesetze gewährten „Bebauungsbefugnis“ auszugehen ist; siehe dazu *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, (Stand: 74. EL., 2015), Art. 14 Rn. 57, 59–65 m. w. N. Unabhängig davon ist aber unbestritten, dass *im Rahmen des einfachgesetzlichen Baurechts* die freie Wahl der zulässigen Nutzungsarten gewährt wird; infolgedessen besteht ein *Anspruch* auf Erteilung einer Baugenehmigung für die gewählte zulässige Nutzungsart; vgl. beispielhaft *Lechner*, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung (Stand: 120. EL., 2015), Art. 3 Rn. 35, 38.

¹¹⁴ Allerdings knüpft auch das Verwaltungsrecht vereinzelt *direkte* Rechtsfolgen an das Handeln von Privaten, z. B. indem durch die Erhebung eines Widerspruchs gemäß § 69 VwGO ein Widerspruchsverfahren eröffnet wird; vgl. *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG⁸ (2014), § 22 Rn. 84.

¹¹⁵ Für derartige Auffassungen siehe die Nachweise S. 538, Fn. 97.

¹¹⁶ So *Puchtas* Darstellung der altgermanischen Tradition; siehe oben S. 531. Gegen eine solche Auffassung insbesondere *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992), S. 5 f.

¹¹⁷ BVerfGE 81, 242, 254.

¹¹⁸ Zur Privatautonomie als Anerkennung privater Gestaltungen durch die Rechtsordnung siehe statt Vieler *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 14–16; *Flume*, *Das Rechtsgeschäft*⁴ (1992), S. 2; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen (1995), S. 6 f.; zur Privatautonomie als staatliche Ermächtigung grundlegend *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), S. 413; ähnlich auch *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*¹ (1934), S. 110 und *Manigk*, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen* (1935). Die h.M. geht von einer Anerkennung aus. Zur Auseinandersetzung zwischen Anerkennungs- und Ermächtigungstheorie siehe *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 217–219 m. w. N.

¹¹⁹ Nicht unproblematisch erscheint vor diesem Hintergrund die Auffassung von *Möllers*,

vaterecht ist ein, aber eben auch nur *ein* „Gestaltungselement einer freiheitlichen Ordnung“.¹²⁰ Gerade das mit dem Begriff „Privatrechtsgesellschaft“ verbundene Gesellschaftsmodell ist umfassend angelegt; seine Konsequenzen beschränken sich keineswegs auf das „Privatrecht“ im formalen Sinne, sondern postulieren Selbstbestimmung und Freiheit als umfassende Werte für die gesamte Rechtsordnung.¹²¹ Bildet die „Privatautonomie“ den Kern einer solchen Privatrechtsgesellschaft, kann für sie nichts anderes gelten.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, das Konzept der „Privatautonomie“ nicht auf das Privatrecht zu begrenzen, sondern damit vielmehr die Freiheit zu beschreiben, die eigenen Rechtsverhältnisse (unabhängig von ihrer dogmatischen Verortung) frei gestalten zu dürfen. Dies gilt nicht nur für das Privat- und Verwaltungsrecht, sondern – jedenfalls im Grundsatz – auch für das Strafrecht.¹²² Entgegen der Befürchtung, dass die „Materialisierung“ des Privatrechts die Privatautonomie bedrohe,¹²³ beruht die mangelnde Prägung des Privatrechts durch die Privatautonomie nach der hier entwickelten Konzeption also nicht auf deren schwindender Relevanz, sondern ganz im Gegenteil darauf, dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Privatautonomie nicht durch eine „Flucht ins Öffentliche Recht“ umgehen kann.¹²⁴

in: KölnKomm. WpHG² (2014), § 31 Rn. 27, öffentlich-rechtliche Normen, die das Vertragsverhältnis beeinflussen (konkret § 31 WpHG), seien allein wegen ihres öffentlich-rechtlichen Charakters für die Parteien unabdingbar.

¹²⁰ *Großfeld*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe (1977), S. 83.

¹²¹ Grundlegend *Mestmäcker*, in: ders. (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft (1993), S. 11, 16–23; *ders.*, in: ders. (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft (1993), S. 60 ff. Ähnlich auch *Canaris*, in: FS Lerche (1993), S. 873, 874 f. und *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996), S. 49, die jeweils die Privatrechtsgesellschaft als Grundlage der „Offenen Gesellschaft“ bezeichnen. Auch *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 214 benennt neben der Privatautonomie (im eng verstandenen Sinne) die allgemeine Handlungsfreiheit als zentrales Element der „Privatrechtsgesellschaft“.

¹²² Im Strafrecht zeigt sich das Recht zur Selbstbestimmung (beim Opfer) in Form der Antragsdelikte sowie (auf Seiten des Täters) insbesondere an der Möglichkeit des strafbefreienden freiwilligen Rücktritts gemäß § 24 StGB sowie am Verschuldensprinzip des § 15 StGB. Letzteres ist weniger selbstverständlich als es erscheint, so wird etwa in der ökonomischen Analyse des Strafrechts auch eine verschuldensunabhängige Strafbarkeit angedacht; vgl. *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law (2004), S. 474–476, 552–556.

¹²³ In diese Richtung etwa *Wagner*, in: Blaurock/G. Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 81–84.

¹²⁴ Vor diesem Hintergrund verliert auch der Streit um die rechtsdogmatische Verortung des Kartellrechts seine Brisanz. Dieses wird von den einen als dem Privatrecht zugehörig angesehen, weil die Begrenzung wirtschaftlicher Macht der Gewährleistung von Privatautonomie diene; siehe z. B. *Immenga/Mestmäcker*, in: dies., Wettbewerbsrecht, Bd. 25 (2014) Einleitung zum GWB Rn. 27; *Karsten Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 172 mit Fn. 8. Demgegenüber ordnen andere das Kartellrecht dem Recht der Gefahrenabwehr zu; siehe z. B. *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I¹⁰ (1973), S. 66 f. Zwar spricht die behördliche Rechtsdurchsetzung für eine formale Zuordnung zum Öffentlichen Recht; sieht man den Wert der Privatautonomie aber mit der hier vertretenen Ansicht vor allem im Verfassungsrecht verankert, so erscheint es gar nicht widersprüchlich, dass der Staat die Voraussetzungen des freien Marktes hoheitlich gewährleistet. Dafür spricht auch die enge Verwandtschaft zum Beihilfenrecht, welches mit

Die häufig anzutreffende pauschale Gleichsetzung von Privatautonomie und Privatrecht bietet eine schlüssige Erklärung für den engen materialen Privatrechtsbegriff der h. M.,¹²⁵ in dem für die Regulierungsfunktion kein Platz zu sein scheint. Wenn das Privatrecht ganz in den Dienst der Privatautonomie gestellt wird, müssen alle funktionalen Ansätze – und erst recht Steuerungstheorien – als dem Privatrecht „wesensfremd“ erscheinen oder bilden zumindest begründungsbedürftige Ausnahmen. In diesem Sinne sind etwa die Versuche zu verstehen, eine eigenständige Rolle des „Wirtschaftsrechts“ zu begründen, als einem Teil des Privatrechts, der sich Steuerungsansätzen oder jedenfalls einer funktionalen Betrachtung öffnet.¹²⁶ Damit wird zugleich der „Kernbereich“ des Privatrechts gegen derartige Einflüsse immunisiert. Auf diese Weise ist es möglich, einen engen materialen Privatrechtsbegriff, dessen Kernelement die Privatautonomie bildet, zugrunde zu legen, ohne in dem Einsatz des Deliktsrechts zum „private enforcement“ im Kartell- oder Kapitalmarktrecht einen Widerspruch dazu zu sehen.

Zeigt sich dagegen, dass Privatautonomie ein Grundprinzip der gesamten Rechtsordnung und nicht lediglich des Privatrechts ist, stehen letztlich alle Teilrechtsordnungen vor demselben Problem, das Nebeneinander von Selbstbestimmung und staatlicher Steuerung, insbesondere Regulierung, zu strukturieren. Die Privatautonomie bildet zwar insofern ein zentrales Prinzip des Privatrechts, als die Gewährleistung freier Selbstentfaltung und die Herstellung eines Interessenausgleichs ohne Determinierung durch Allgemeininteressen zu den Hauptaufgaben des Privatrechts gehört. Allerdings gehört auch die Regulierung ebenso zum Privatrecht wie andersherum die Gewährleistung von privatautonomer Selbstbestimmung eine Aufgabe ist, die die anderen Teilrechtsordnungen gleichfalls zu erfüllen haben.

Eine solche Neuverortung der Privatautonomie jenseits der Grenze zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht weist zudem darauf hin, dass in einem demokratischen Rechtsstaat die traditionell im Vordergrund stehende Freiheit vor staatlichen Eingriffen nur *eine* Dimension der Gewährleistung von Privatautonomie ausmacht. Die damit verbundenen Konsequenzen gehen über den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie hinaus und können deshalb im Folgenden nur kurz angerissen werden. So wird insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht so sehr die Abgrenzung der Teilrechtsordnungen diskutiert, sondern die *public/private-divide*.¹²⁷ Im Mittelpunkt steht dabei nicht

der staatlichen Subventionierung eine Beeinflussung der Marktstruktur auf (eindeutig) öffentlich-rechtlichem Wege begrenzt, die ganz ähnliche faktische Auswirkungen wie die Kartellbildung oder der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung haben kann.

¹²⁵ Zu diesem siehe erneut oben S. 329.

¹²⁶ Dazu schon oben S. 368 mit Nachweisen in Fn. 249.

¹²⁷ Siehe z. B. Horwitz, 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982); Jurgens/van Ommeren, C.L.J. 71 (2012), 172 ff.; Kennedy, 130 U. Pa. L. Rev. 1349 (1982); Michelin, in: Mac Amhlaigh/Michelon/Walker (Hrsg.), *After Public Law* (2013), S. 83 ff. Für einen Versuch, diese Unterscheidung als Grundlage für spezifisch privatrechtliche Wertungen heranzuziehen, siehe jüngst Dagan/Dorfman, *The Justice of Private Law* (2014).

die Alternative Staat und Gesellschaft, sondern Öffentlichkeit und Privatheit.¹²⁸ Da mit zunehmender Ausbreitung des Unionsrechts, das Privatrecht und Öffentliches Recht als funktional äquivalent ansieht,¹²⁹ die Beschränkung der Privatautonomie auf den Bereich der (zufällig) im Privatrecht verorteten Regelungen ohnehin anachronistisch zu werden droht, liegt es nahe, die Privatautonomie beim Wortsinne zu nehmen und auf den Schutz der Selbstbestimmung in privaten Angelegenheiten auszurichten. Ein zeitgemäßes Konzept von Privatautonomie sollte daher – etwa in Anlehnung an die Sphärentheorie des BVerfG¹³⁰ – danach streben, dem Einzelnen die materielle Selbstbestimmung in seiner Intim- und Privatsphäre zu sichern. Während in diesem Bereich zweifelsohne staatliche Eingriffe möglich sind, geht eine nicht zu unterschätzende Gefährdung auch von Privaten (insbesondere von Wirtschaftsunternehmen) aus, die z. B. die vorhandenen technischen Möglichkeiten umfassend dazu einsetzen, Verhaltensbeeinflussung mit dem Ziel der Absatzförderung zu betreiben. Beispiele sind Nutzer- oder Persönlichkeitsprofile, die auf Grundlage genereller (zumeist öffentlich-rechtlicher) Erlaubnistatbestände oder individueller Zustimmung (z. B. zu privatrechtlichen Nutzungsbedingungen von sozialen Netzwerken und Internetportalen) erstellt werden und eine Rekonstruktion persönlicher und höchstpersönlicher Präferenzen in einem Umfang ermöglichen, der noch vor kurzem undenkbar gewesen wäre. Insbesondere wenn die Vertraulichkeit solcher persönlicher Daten nicht gewährleistet werden kann, droht eine ganz neue Art „privater Macht“, die zugleich die Frage aufwirft, in welchem Ausmaß staatlicher Paternalismus den möglicherweise mangelnden Selbstschutz Privater ausgleichen muss.¹³¹ Für das Privatrecht ist etwa zu untersuchen, ob nicht aufgrund verfassungsrechtlicher Wertungen ein allgemeiner „Selbstpaternalismus“, also die Möglichkeit zur „privatautonomen Beschränkung der Privatautonomie“,¹³² oder besondere Schutzmöglichkeiten für ältere Menschen im Rechtsverkehr¹³³ ermöglicht werden müssen.

¹²⁸ Grundlegend dazu aus deutscher Sicht *L. Raiser*, in: ders. (Hrsg.), *Die Aufgabe des Privatrechts* (1977), S. 208, 220–229.

¹²⁹ Siehe oben S. 187 ff.

¹³⁰ Siehe BVerfGE 27, 344, 351; 32, 373, 379 sowie oben S. 303. Der Einwand von *Geminn/Roßnagel*, JZ 2015, 703, 707, Schutzkonzepte wie „Privatsphäre“ oder „Privatheit“ folgten einem ordnungsorientierten, paternalistischen Ansatz, überzeugt nicht, wenn es um die Abwehr privaten Handelns geht. Im Verhältnis zwischen Privaten handelt der Staat stets insoweit „paternalistisch“ als er festlegt, wie weit der Schutz einer Partei vor Übergriffen durch die andere Partei reicht.

¹³¹ Zum Konzept eines „libertären Paternalismus“ etwa *Thaler/Sunstein*, 93 AER 175 (2003) sowie mit vielerlei Anwendungsbeispielen *dies.*, *Nudge* (2008). Siehe außerdem *Sunstein*, 122 Yale L. J. 1826 (2013). Zur Rezeption in Deutschland siehe z. B. *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 ff. Monographisch zum Rechtspaternalismus *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht* (2014).

¹³² Dazu *Wagner-von Papp*, AcP 205 (2005), 342 ff.

¹³³ Dazu etwa *M. Roth*, AcP 208 (2008), 451 ff.; *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 ff.; *Wedemmann*, AcP 214 (2014), 664 ff. sowie die Beiträge in *Becker/M. Roth* (Hrsg.), *Recht der Älteren* (2013).

Im Ergebnis führt also der Umstand, dass die Privatautonomie ein rechtsgebietsübergreifendes Rechtsprinzip darstellt, keinesfalls zu einer Relativierung ihrer zentralen Bedeutung für das Privatrecht. Privatautonomie ist und bleibt ein zentrales Prinzip des geltenden Privatrechts. Ihr kommt nur eine darüber hinausreichende Bedeutung zu, die sie für eine materielle Abgrenzung der Teilrechtsordnungen unbrauchbar erscheinen lässt.

II. Wettbewerb der Teilrechtsordnungen

Entfällt die Möglichkeit, das Privatrecht mit Verweis auf die Privatautonomie zu definieren, weil dem Grundsatz eine die Rechtsgebietsabgrenzung übersteigende Bedeutung zukommt, stellt sich die Frage, welche Funktion einer Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht dann zukommt. Eine radikale Lösung bestünde darin, die Abgrenzung zugunsten eines übergreifenden „Gemeinrechts“ gänzlich aufzugeben bzw. die mangelnde Durchführbarkeit der Abgrenzung durch die Annahme von „Mischformen“ anzuerkennen. Dies hieße aber, das Kind mit dem Bade auszuschütten, denn Öffentliches Recht und Privatrecht sind nach wie vor durch erhebliche Strukturunterschiede ausgewiesene, selbständige Teilrechtsgebiete (dazu unter 1.). Betrachtet man diese Strukturunterschiede genauer, zeigen sie sich zuvörderst in Form unterschiedlicher öffentlich-rechtlicher, strafrechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzungsregime (dazu unter 2.). Ausgehend von den verschiedenen Funktionen des Rechts ergeben sich so relative Vor- und Nachteile der einzelnen Teilrechtsordnungen, deren Verhältnis durch die Metapher eines „Wettbewerbs“ konzeptualisiert werden kann (dazu unter 3.).

1. Ablehnung von Gemeinrecht und Mischformen

Im Anschluss an seine auch heute noch grundlegende Untersuchung über „Sinn und Funktionen der Unterscheidung [von Öffentlichem Recht und Privatrecht] im geschichtlichen Wandel“ hat *Bullinger* bereits 1968 das Konzept eines die Zweiteilung ersetzenden „differenzierten Gemeinrechts“ vorgestellt.¹³⁴ Ziel dieses ehrgeizigen Projektes war es, ein „allgemeines Recht des staatlichen Gemeinwesens für Rechtsverhältnisse“ zu entwickeln, das „ohne Rücksicht darauf gelten [sollte], ob an ihnen staatliche Behörden, Selbstverwaltungskörperschaften, gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, Parteien, Wirtschaftsverbände, Privatpersonen und Privatunternehmen mit oder ohne öffentliche Funktionen oder Bindungen beteiligt sind“.¹³⁵ Als Grundkategorien eines solchen Gemeinrechts er-

¹³⁴ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 80–112. Siehe auch *ders.*, in: FS Rittner (1991), S. 69, 87–89 sowie *ders.*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 239, 248–257.

¹³⁵ *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 81.

arbeitete *Bullinger* „Entscheidung und Vertrag“; „entgeltliche Leistungsgewähr nach typisierten Bedingungen“; „Leistungsgewähr nach individuellen Maßstäben“; „Grundrechtsbindung und andere Handlungsprinzipien“; „Organisation und Kooperation“; „Haftung“; „subjektive Rechte“; „Störungsschutz“; „Dienstverhältnisse“; „Wirtschaftsrecht“; „Kollisionsrecht“. Dieser Ansatz stößt im geltenden Recht auf offensichtliche Machbarkeitsschranken,¹³⁶ wird aber auch als rechtspolitisches Konzept zumeist abgelehnt.¹³⁷

Andere Konzeptionen halten zwar an der grundsätzlichen formalen Abgrenzung fest, konstatieren aber die Unmöglichkeit einer strikten materiellen Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht.¹³⁸ Aufbauend auf den Befund, dass sich „[e]ine bestimmte positive Norm [...] nur im Ausnahmefall trennscharf entweder dem einen oder dem anderen Teilgebiet zuweisen [lässt]“, ¹³⁹ schlägt etwa *Klement* eine „dynamische Interessentheorie“ vor, derzufolge sich die Zuordnung einer konkreten Norm danach richten soll, „welche Interessen bei ihrer Erzeugung von Rechts wegen zu berücksichtigen waren“. ¹⁴⁰ Waren sowohl private als auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen, kann es in der Konsequenz eines solchen Ansatzes auch zu Mischformen bzw. „Graustufen“¹⁴¹ kommen. Solche zeigen sich etwa, wenn das Privatrecht „nur in seinen Wirkungen und den mit ihm nach außen verfolgen Zwecken, nicht aber in seinen rechtsinternen Programmen“¹⁴² als politisch eingeordnet wird. Letztlich wird dadurch den hier so genannten Funktionen des Rechts (insbesondere der Regulierungsfunktion)¹⁴³ eine *rechtliche* Relevanz abgesprochen, obwohl sich gerade und zumeist

¹³⁶ Dieses Problem hat *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht (1968), S. 81 durchaus gesehen: „Soweit der Sache nach bereits gemeinsame Rechtsregeln zwischen dem bestehen, was als öffentliches Recht und Privatrecht bezeichnet wird, genügt es, diese Gemeinsamkeiten sichtbar zu machen und als Gemeinrecht anzuerkennen. Im übrigen müsste ein Gemeinrecht, das die Trennung von öffentlichem Recht und Privatrecht überwindet, nach und nach durch Gesetzgebung und Rechtsprechung unter gedanklicher Vorarbeit der Wissenschaft herausgebildet werden.“

¹³⁷ So etwa *W. Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 92 f. mit Fn. 73; *L. Raiser*, in: ders. (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts (1977), S. 208, 218; *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht (1985), S. 242; *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7, 23; *ders.*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 288 f.; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 181. Positiver aber *Stürmer*, JZ 1970, 592; *v. Zezschwitz*, NJW 1983, 1873, 1882.

¹³⁸ So z. B. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁸ (2011), S. 43; *L. Raiser*, in: ders. (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts (1977), S. 208, 217; zu den „Verzahnungen“ der Teilrechtsordnungen *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 167 ff.

¹³⁹ *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 270.

¹⁴⁰ *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 266.

¹⁴¹ *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 270.

¹⁴² *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 268.

¹⁴³ Siehe dazu oben S. 47 ff.

nur in diesen die *politische* Intention widerspiegelt, die der Gesetzgeber mit der Norm verfolgt.¹⁴⁴

Im Ergebnis kann weder der Vorschlag eines „Gemeinrechts“ noch die Annahme von „Mischformen“ überzeugen. Für ein Gemeinrecht besteht nur dann ein Bedürfnis, wenn die Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht – auch wenn man sie ihres ideologischen Gehalts¹⁴⁵ entkleidet – praktisch nicht durchführbar oder in ihrer Konsequenz bedeutungslos wäre. Beides ist hingegen nicht der Fall. Ein Standardlehrbuch des Verwaltungsrechts führt zu Recht aus, dass sich „[i]n den meisten Fällen [...] die Zuordnung einer Rechtsvorschrift und eines darauf beruhenden Rechtsverhältnisses zu einem der beiden Rechtsgebiete leicht erkennen [lässt].“¹⁴⁶ Dies liegt vor allem daran, dass sich die Abgrenzungsfrage überhaupt nur in solchen Konstellationen stellt, an denen Hoheitsträger beteiligt sind.¹⁴⁷ Sofern solche nicht involviert sind, steht die Zuordnung zum Privatrecht fest. Aber auch bei Beteiligung von Hoheitsträgern ist meist klar ersichtlich, ob diese „als solche“ handeln, nämlich stets dann, wenn sie einen Verwaltungsakt erlassen. Der für die schwierigen Grenzfälle verbleibende Bereich ist daher schon von vornherein so klein, dass er die praktische Funktionsfähigkeit der herrschenden modifizierten Subjektstheorie nicht ernsthaft in Frage stellen kann. Zudem ist die Konsequenz der Abgrenzung keineswegs zu vernachlässigen, wie bereits ein Blick auf das Verhältnis der beiden Teilrechtsordnungen zum staatlichen Gewaltmonopol verdeutlicht. So ermöglicht ausschließlich das Öffentliche Recht einer Partei (nämlich dem Hoheitsträger, der „als solcher“ handelt), sich selbst einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen (§ 35 VwVfG), der Grundlage für eine hoheitliche Zwangsvollstreckung sein kann.¹⁴⁸ Auch im Privatrecht bedarf es zwar nicht zwingend eines gerichtlichen Urteils, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen. Ohne gerichtliche Mitwirkung ist ein Vollstreckungstitel aber nur aufgrund einer freiwilligen Unterwerfung des Verpflichteten unter die sofortige Zwangsvollstreckung zu erlangen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO).

Die Annahme von „Mischformen“ setzt hingegen voraus, dass die Unterscheidung von Privatrecht und Öffentlichem Recht Ausdruck materieller Wertungen ist, die sich weder in den formalen Abgrenzungstheorien hinreichend widerspiegeln noch in dem Inhalt des positiv gesetzten Rechts erschöpfen. Denn im ersten Fall käme es stets zu einem Gleichlauf zwischen den Wertungen und der formalen Zuordnung und im zweiten Fall wäre die Unterscheidung allein davon abhängig,

¹⁴⁴ Daher will auch *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 539 den „Schleier des Nichtwissens“ um die politischen Absichten im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wieder lüften.

¹⁴⁵ Zu diesem *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 917, 926 f.

¹⁴⁶ *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 183.

¹⁴⁷ Insoweit zutreffend *Grigoleit*, in: *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie (2008), S. 51, 54.

¹⁴⁸ Der Umstand, dass die Zwangsvollstreckung als solche stets hoheitlich ist, ist für die Qualifikation des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses irrelevant; vgl. *Arnold*, ZEuP 2012, 315, 326 (zu Unterlassungsansprüchen).

welche Regelungen der Gesetzgeber zufälligerweise im Privatrecht und welche im Öffentlichen Recht verortet hat,¹⁴⁹ so dass es an einer Grundlage dafür fehlte, die formale Zuordnung aus materiellen Erwägungen zu korrigieren. Wenn allerdings die Privatautonomie als materielles Grundprinzip des Privatrechts nicht zur Verfügung steht, müssen die Mischformen anderweitig identifiziert werden. Es bleibt dann vor allem die Möglichkeit, die Alternative von *iustitia commutativa* und *iustitia distributiva* als das die Rechtsgebietsabgrenzung materiell prägende Merkmal heranzuziehen.¹⁵⁰ Gegen eine Rechtsgebietsabgrenzung anhand der Gerechtigkeitsformen spricht aber bereits deren mangelnde Unterscheidbarkeit.¹⁵¹ Diese kommt besonders deutlich bei *Kant* zum Ausdruck.¹⁵² *Kant* ordnet zwar auch die *iustitia distributiva* allein dem Öffentlichen Recht zu,¹⁵³ allerdings bezeichnet der Ausdruck „Öffentliches Recht“ dabei das staatliche Recht der bürgerlichen Gesellschaft in Abgrenzung zum vorstaatlichen „Privatrecht“. Der Unterschied zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht ist bei *Kant* daher keiner des Inhalts,¹⁵⁴ sondern ausschließlich der Rechtsausübung, welche im Staat unter dem Öffentlichen Recht „der distributiven Gerechtigkeit gemäß“ erfolgt.¹⁵⁵ Anders gewendet bedeutet dies, dass positiv gesetztes Privatrecht stets Ausdruck und Ergebnis der (kontingenten) distributiven Präferenzen des jeweiligen Gesetzgebers ist. So ist es als Grundprinzip des Kaufrechts etwa gleichermaßen denkbar, dass keinerlei Gewährleistungsrechte bestehen, sondern dem Käufer das Risiko von Rechts- und Sachmängeln aufgebürdet wird (*caveat emptor*), wie auch die entgegengesetzte Lösung, dass den Verkäufer eine Garantiehaftung trifft (so die Rechtslage beim Rechtskauf vor der Schuldrechtsreform; vgl. § 437 BGB a. F.). Welches dieser Prin-

¹⁴⁹ So insbesondere *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 917, 925: „Tatsächlich handelt es sich aber um ein *rechtsinhaltliches*, also vom konkreten positiven Recht abhängiges Ordnungskonzept. Mit anderen Worten: Seine Bedeutung und Reichweite muss es – im Grundsatz gleichviel, ob als rechtliches oder als bloß rechtswissenschaftliches Phänomen – aus den positivrechtlichen Festsetzungen ableiten. Insoweit stellt sich bereits die Frage, ob die drei distinkten ‚Rechtsregime‘ mehr repräsentieren können als die bloß zusammenfassende Bezeichnung von Normen, die durch das identische Rechtswegregime, das identische Haftungsregime usf. gekennzeichnet sind.“ Siehe auch bereits *Rödig*, Einführung in eine analytische Rechtslehre (1986), S. 131: „Die Unterscheidung des Öffentlichen Rechts vom Privatrecht ist mithin nur noch für die Art des einzuschlagenden Rechtswegs (Verwaltungsrechtsweg oder Weg zu den sogenannten ‚ordentlichen‘ Gerichten) von Belang“. *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 23 spricht insoweit von einer „Regimewahlkompetenz“ des Gesetzgebers.

¹⁵⁰ So in der Tat *Klement*, Wettbewerbsfreiheit (2015), S. 266 sowie eine Reihe weiterer Autoren; siehe Nachweise oben S. 376 f., Fn. 284.

¹⁵¹ Siehe dazu bereits oben S. 436.

¹⁵² Darauf hat bereits *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne (2014), S. 69 hingewiesen.

¹⁵³ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 312.

¹⁵⁴ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 306; „Man kann den ersten und zweiten Zustand den des *Privatrechts*, den letzteren und dritten aber den des *öffentlichen Rechts* nennen. Dieses enthält nicht mehr oder andere Pflichten der Menschen unter sich, als in jenem gedacht werden können; die Materie des Privatrechts ist eben dieselbe in beiden.“ (Hervorhebung im Original).

¹⁵⁵ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, AA, Bd. VI (1797/1907), S. 313.

zipien einer konkreten Rechtsordnung zugrunde liegt, ist nicht Ausfluss der *iustitia commutativa*, sondern Ergebnis einer gesetzgeberischen *Wertungsentscheidung*, die zwingend distributive Folgen zeitigt.¹⁵⁶ Erst innerhalb des so gesetzten Rahmens kann sich dann die ausgleichende Gerechtigkeit zwischen den Parteien verwirklichen.

Der Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht kommt also nach wie vor eine wichtige Bedeutung zu. Weder Unklarheiten bei der formalen noch bei der materialen Abgrenzung der Teilrechtsordnungen legen nahe, die Abgrenzung aufzugeben oder in Frage zu stellen. Es ist lediglich unangebracht, diese Unterscheidung von anderen rechtlichen Abgrenzungen dadurch abzuheben, dass sie zum alleinigen systembildenden Merkmal stilisiert wird.¹⁵⁷

2. Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht als Rechtsdurchsetzungsregime

Wenn weder der Regelungsgegenstand noch materielle Wertungen als Abgrenzungskriterien in Betracht kommen, bleibt vor allem die unterschiedliche Funktionsweise von Öffentlichem Recht und Privatrecht als Unterscheidungsmerkmal. Die meisten der oben identifizierten Regulierungsinstrumente¹⁵⁸ lassen sich sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich implementieren. Dies gilt etwa für Ge- und Verbot, Rechtsverlust, Herausgabepflicht, Quantitätsregulierung, Informations- und Offenlegungspflicht, Indienstnahme Dritter oder Zurechnungsnorm. So könnten z. B. Verhaltenspflichten im Straßenverkehr anstatt durch öffentlich-rechtliche Normen auch als Inhalt einer deliktischen Sorgfaltspflicht vorgegeben werden. Sofern eine Regelung befolgt wird, wirkt sich die rechtsdogmatische Verortung in keiner Weise aus.¹⁵⁹ Der Unterschied zwischen den Teilrechtsordnungen zeigt sich erst¹⁶⁰ in der Rechtsdurchsetzung.¹⁶¹

¹⁵⁶ Vgl. *Collins*, *Regulating Contracts* (1999), S. 58: „[I]t is impossible for the law to adopt a position of neutrality with respect to the distributive outcomes of private ordering.“

¹⁵⁷ So auch *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 917, 918, 926 f.

¹⁵⁸ Siehe oben S. 456 ff. und S. 478 ff.

¹⁵⁹ Insbesondere ist es irrelevant, dass die deliktische Haftung grundsätzlich einer vertraglichen Modifikation oder Abdingbarkeit zugänglich ist, denn diese Möglichkeit bleibt im Straßenverkehr (und in vielen weiteren Lebensbereichen) rein theoretisch, weshalb man von „faktisch zwingendem Privatrecht“ sprechen kann; siehe oben S. 74. Zudem können dort, wo vertragliche Abreden ausnahmsweise möglich sind, bereichsspezifische Ausnahmen gemacht werden; siehe z. B. BGHZ 46, 313, 317 f.; 53, 352, 355 (keine Haftungsmilderung gemäß § 708 BGB bzw. § 1359 BGB für Verletzungen im Straßenverkehr).

¹⁶⁰ Freilich können privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Pflichten in unterschiedlichem Ausmaß zur Rechtsbefolgung führen. Solche Unterschiede sind aber eine Funktion der zu erwartenden Sanktion bei einem Normverstoß (Art bzw. Schwere der Sanktion und Verurteilungswahrscheinlichkeit) oder der Möglichkeit einer präventiven Normdurchsetzung und damit indirekt Folge der Rechtsdurchsetzung.

¹⁶¹ Zum Unterschied zwischen Rechtsbefolgung und Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Regulierungstheorie siehe bereits oben S. 450 ff.

Anders als im Rahmen der herkömmlichen Diskussion über die Rechtsgebietsabgrenzung, die zumeist nur Privatrecht und Öffentliches Recht gegenüberstellt, muss daher innerhalb des Öffentlichen Rechts zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht unterschieden werden, weil insoweit wesentliche Unterschiede in der Rechtsdurchsetzung bestehen.¹⁶² Der wesentliche Unterschied zwischen Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht besteht aus funktionaler Sicht also darin, dass es sich um verschiedene Rechtsdurchsetzungsregime handelt.

Betrachtet man die Rechtsgebietsabgrenzung aus einer solchen funktionalen Perspektive, zeichnet sich das Privatrecht dadurch aus, dass es als einziges Regime die rein gesellschaftliche Rechtsdurchsetzung zulässt. Damit ist nicht so sehr die rechtliche Zulässigkeit einer vergleichweisen Beilegung von Konflikten – die in Grenzen auch im Verwaltungs- und Strafrecht existiert –, sondern der Umstand gemeint, dass dort notwendigerweise staatliche Behörden Teil der Rechtsdurchsetzung sind. Den damit verbundenen rechtsstaatlichen Vorteilen (z. B. dem Verbot der Privatstrafe¹⁶³) steht der Nachteil gegenüber, dass Beamte als unbeteiligte Dritte, deren Handlungslogik aufgrund des Rechtsstaatsgebots und Art. 3 Abs. 1 GG zwingend durch Gesetz und interne Richtlinien gestaltet ist, Teil der Konfliktlösung werden.

Die zwingende Mitwirkung von an dem konkreten Lebenssachverhalt unbeteiligten Beamten im Rahmen der verwaltungs- und strafrechtlichen Rechtsdurchsetzung stellt nicht bloß eine äußere Zufälligkeit dar, sondern hat konkrete rechtliche Konsequenzen. So erhält durch diese Beteiligung der Rechtskonflikt eine öffentliche Dimension, die in bestimmten Fällen bereits einen unzulässigen Grundrechtseingriff darstellt. Insbesondere im Bereich höchstpersönlicher Beziehungen, welche die Privat- oder Intimsphäre der betroffenen Personen betreffen, sind dem Einsatz von Verwaltungs- oder Strafrecht daher von Verfassungs wegen Grenzen gesetzt. Nach der Rechtsprechung des BVerfG bildet die Privatsphäre einen „unantastbare[n] Bereich menschlicher Freiheit [...], der der Einwirkung der gesamten öffentlichen Gewalt entzogen ist“.¹⁶⁴ Deshalb können etwa Regelungen über die eheliche Lebensgemeinschaft und die Haushaltsführung auch dann nicht verwaltungsrechtlich getroffen werden, wenn die Behörde explizit darauf verpflichtet würde, eine die Interessen der beteiligten Eheleute in einen angemessenen Ausgleich bringende Lösung zu suchen. Sofern in diesen Bereichen Rechtspflichten statuiert werden sollen, ist der Gesetzgeber¹⁶⁵ daher auf das (nichtregulatorische) Privatrecht beschränkt und muss zudem auch den

¹⁶² Die sonstigen Rechtsgebiete, die speziellen Gerichtszweigen zugewiesen sind, lassen sich demgegenüber funktional einer der drei Teilrechtsordnungen zuordnen, weil die Rechtsdurchsetzung in gleicher Weise geschieht. So gehört das Arbeitsrecht funktional zum Privatrecht, während Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit dem Verwaltungsrecht zuzuordnen sind.

¹⁶³ Vor Etablierung des staatlichen Gewaltmonopols galt auch das Strafrecht als Teil des Privatrechts; vgl. *Schröder*, in: FS Gernhuber (1993), S. 961, 964.

¹⁶⁴ Grundlegend BVerfGE 6, 32, 41.

¹⁶⁵ Auch eine Rechtsfortbildung ist in diesem Bereich nur sehr eingeschränkt zulässig; vgl. BVerfGE 138, 377, 390–396.

Einsatz von Gerichtsverfahren und staatlicher Zwangsvollstreckung begrenzen (siehe z.B. § 1297 Abs. 1 BGB; § 120 Abs. 3 FamFG). Lediglich dort, wo explizite verfassungsrechtliche Schutzaufträge bestehen (z.B. Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG), ist es verfassungsrechtlich zu rechtfertigen, mit hoheitlichen Mitteln einzugreifen, z.B. um Kinder vor der Verwahrlosung zu schützen (vgl. §§ 1666 ff. BGB). Strafrechtliche Rechtsdurchsetzung ist in diesen Lebensbereichen nur bei Verdacht auf Verletzung besonders wichtiger Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit oder sexuelle Selbstbestimmung zulässig (ultima ratio-Prinzip). Da diese Rechtsgüter¹⁶⁶ grundsätzlich dem Schutz der Privat- und Intimsphäre vorgehen, ist in solchen Fällen auch ein hoheitlicher Eingriff gerechtfertigt; der notwendige Respekt vor der Privatheit schlägt sich aber verfahrensrechtlich nieder (vgl. § 171b VVG, § 48 JGG). Jenseits solcher indirekter Vorgaben, die auf dem Zusammenspiel zwischen grundrechtlichen Schutzbereichen und den Eigenarten der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung beruhen, ist die Zuordnung von Regelungsmaterien zu den unterschiedlichen Teilrechtsordnungen nicht verfassungsrechtlich determiniert. Es handelt sich vielmehr um reine Zweckmäßigkeitserwägungen. Daraus folgt allerdings nicht, dass die dogmatische Verortung der einzelnen Regelungsgegenstände völlig frei wäre. Vielmehr unterscheiden sich Privatrecht, Verwaltungsrecht und Strafrecht *in ihrer Eigenschaft als Rechtsdurchsetzungsregime* erheblich und eignen sich daher auch verschieden gut zur Regelung bestimmter Sachprobleme.

Aus der Eigenart verwaltungs- und strafrechtlicher Rechtsdurchsetzung ergibt sich insbesondere die Anforderung, dass sich die handelnden Beamten als Grundlage bzw. ersten Schritt der Rechtsdurchsetzung Kenntnis der relevanten Umstände verschaffen müssen,¹⁶⁷ während die Beteiligten im Privatrecht regelmäßig eigene Rechte geltend machen und daher grundsätzlich in irgendeiner Form in den Sachverhalt involviert sind.¹⁶⁸ Die für die behördliche Rechtsdurchsetzung aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgende staatliche Neutralität erfordert, dass die Entscheidungen (auch die vorbereitenden, nicht erst ein eventuelles gerichtliches Urteil am Ende des Verfahrens) auf angemessener Tatsachengrundlage gefällt werden. Daher ist der Untersuchungsgrundsatz bereits auf Behördenebene (vgl. § 24 VwVfG bzw. § 160 Abs. 1 StPO) wesentliches Merkmal sowohl der verwaltungs- als auch der strafrechtlichen Rechtsdurchsetzung. Die aus diesem Grundansatz für die hoheitliche Rechtsdurchsetzung folgenden Konsequenzen haben inzwischen ein regelrechtes

¹⁶⁶ Handelt es sich um weniger fundamentale Rechtsgüter, tritt das Selbstbestimmungsrecht des Opfers und damit der Schutz der Privatsphäre wieder in den Vordergrund; siehe z.B. § 247 StGB, demzufolge Haus- und Familiendiebstahl (und -unterschlagung) unabhängig vom Sachwert nur auf Antrag verfolgt wird.

¹⁶⁷ Zum Nichtwissen als staatswissenschaftliches Problem siehe Schön, StW 2013, 289, 291–295 (zum Steuerrecht).

¹⁶⁸ Etwas anderes gilt bei der Verbandsklage, deren Zuordnung zum Privatrecht deshalb einen Grenzfall darstellt; siehe dazu bereits oben S. 251 f.

„Informationsverwaltungsrecht“ entstehen lassen, das den staatlichen Umgang mit Informationen steuert.¹⁶⁹ Die Erstreckung des Untersuchungsgrundsatzes auf das gerichtliche Verfahren (vgl. § 86 Abs. 1 VwGO bzw. § 244 Abs. 2 StPO) ist die Konsequenz neutraler, rechtsstaatlicher Rechtsverfolgung und damit wesentliches Kennzeichen verwaltungs- und strafrechtlicher Rechtsdurchsetzung.

Verwaltungs- und Strafrecht unterscheiden sich als Rechtsdurchsetzungsregime einerseits, indem die materiell-rechtlichen Rechtsfolgen im Strafrecht im Wesentlichen auf Strafen, Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie Verfall und Einziehung beschränkt sind. Andererseits spricht im Strafrecht grundsätzlich nur das Gericht die Rechtsfolge aus, während im Verwaltungsrecht im Regelfall die Behörde einen Verwaltungsakt erlässt, der nur dann durch ein Gericht überprüft wird, wenn dagegen (oder gegen den Nichterlass) Klage erhoben wird. Außerdem ist das Strafrecht (aufgrund von Vorgaben wie Art. 103 Abs. 2 und 3 GG und Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK) durch starke Verfahrensgarantien zugunsten des Beschuldigten geprägt, die über das Schutzniveau der Eingriffsverwaltung hinausreichen.¹⁷⁰

Demgegenüber unterscheidet sich das Privatrecht von der strafrechtlichen und der verwaltungsrechtlichen Rechtsdurchsetzung wesentlich dadurch, dass es – jenseits der auch in den anderen Teilrechtsordnungen existierenden Prozessordnung – kein „Verfahrensrecht“ gibt, sondern sowohl das „ob“ als auch die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung (bis zur Grenze der Nötigung oder Erpressung) allein den Privaten überlassen ist. Aus Sicht einer funktionalen Rechtstheorie besteht die für die Rechtsgebietsabgrenzung relevante Privatautonomie deshalb weniger auf materiell-rechtlichem Gebiet¹⁷¹ als in der „Privatinitiative“¹⁷² bei der Rechtsdurchsetzung. Hier gilt im Privatrecht der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit, unabhängig davon, ob der betreffende Anspruch rechtsgeschäftlich oder gesetzlich begründet ist. Dem entsprechen im Zivilprozess die Dispositionsmaxime und der Beibringungsgrundsatz, die nicht nur die Anspruchsgeltendmachung, sondern auch die Art und Weise der Verteidigung weitgehend in das Belieben der Privaten stellen.¹⁷³

¹⁶⁹ Dazu monographisch *I. Augsberg*, Informationsverwaltungsrecht (2014), der die Aspekte „Wissensmanagement“, „Wissensproduktion“, „Wissenstransfer“, „Wissensübernahme“, „Wissensspeicher“, „Wissensdistribution“, „Nichtwissensmanagement“ und „Wissenstransformation“ unterscheidet.

¹⁷⁰ Weiterführend zum Verhältnis von Verwaltungs- und Strafrecht *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 81–95.

¹⁷¹ Zur Privatautonomie als rechtsgebietsübergreifendem Prinzip siehe schon oben S. 540 ff.

¹⁷² Dazu ausführlich unten S. 560 ff.

¹⁷³ Hierin liegt insoweit ein Spezifikum des Privatrechts, als etwa im verwaltungsrechtlichen Nachbarstreit Behörde und Verwaltungsgericht aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes die Umstände, die für beide Seiten sprechen, ermitteln müssen. Auch im Strafverfahren muss die Staatsanwaltschaft gemäß § 160 Abs. 2 StPO die der Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände ermitteln, und ein falsches Geständnis führt – anders als im Zivilprozess (vgl. § 291 S. 1 ZPO, wonach zur Unwirksamkeit eines Geständnisses nicht ausreichend ist, dass es nicht der Wahrheit entsprach) – nicht zur Verurteilung des Angeklagten.

Auch wenn sich die Ausgestaltung der behördlichen und gerichtlichen Verfahren im internationalen Vergleich teilweise erheblich unterscheiden,¹⁷⁴ ist diese Abgrenzung nicht Resultat idiosynkratischer Wertungen des deutschen Rechts, sondern kann im Wesentlichen Gültigkeit für alle freiheitlich-demokratischen Rechtssysteme beanspruchen.

3. Rechtsfunktionen als Grundlage eines Wettbewerbs der Teilrechtsordnungen

Wenn sich die Teilrechtsordnungen im Ergebnis vor allem in ihrer Eigenschaft als Rechtsdurchsetzungsregime unterscheiden, hat dies Rückwirkungen auf die Art und Weise, wie die Rechtsgebietsabgrenzung zu verstehen ist. Wie bereits angedeutet, eignen sich die verschiedenen Rechtsdurchsetzungsmittel in unterschiedlichem Umfang dazu, bestimmte sachliche Regelungen zu implementieren. Bezogen auf konkrete Regelungsgegenstände (z. B. Steuerung des CO₂-Ausstoßes von Fabriken; Steigerung des Anteils von Frauen in wirtschaftlichen Führungspositionen; Schutz von Kindern bei einer Trennung der Eltern; Regeln über die Benutzung von Schwimmbädern; Schutz einer Erfindung) treten die verschiedenen Teilrechtsordnungen in eine Art Wettbewerb um diejenige Lösung, mittels derer das gesetzgeberische Ziel am besten erreicht werden kann.

Die Metapher eines „Wettbewerbs der Rechtsordnungen“ wird bislang vor allem auf die internationale Ebene und auf bestimmte Rechtsgebiete bezogen, wie traditionell etwa das Steuerrecht,¹⁷⁵ das Gesellschaftsrecht¹⁷⁶ oder neuerdings auch das Vertragsrecht.¹⁷⁷ In diesen Zusammenhängen agieren die Staaten im Rahmen der ökonomischen Wettbewerbsmetapher als „Anbieter“ und Private,

¹⁷⁴ So folgt etwa in den USA die Strafverfolgung im Wesentlichen dem Opportunitätsprinzip (vgl. *Hay*, US-amerikanisches Recht⁵ (2011), S. 269) und im Zivilprozess ermöglicht die pre-trial discovery eine „Ausspähung“, die wenig mit dem Beibringungsgrundsatz gemein hat; vgl. zu letzterem BGHZ 118, 312, 323 f. (zur Anerkennungsfähigkeit entsprechender Zivilurteile in Deutschland).

¹⁷⁵ Grundlegend dazu *Tiebout*, 64 J. Pol. Econ. 416 (1956); bezogen auf den europäischen Steuerwettbewerb *Schön*, in: DStJG 23 (2000), S. 191 ff.

¹⁷⁶ Im Gesellschaftsrecht wird seit längerem insbesondere über den Wettbewerb zwischen den Staatenrechten in den USA diskutiert; siehe dazu einerseits *Cary*, 83 Yale L. J. 663 (1974); *Bebchuk*, 105 Harv. L. Rev. 1435 (1992) (die jeweils die These eines „race to the bottom“ vertreten); andererseits *Winter, Jr.*, 6 J. Leg. Stud. 251 (1977); *Romano*, The Genius of American Corporate Law (1993) (die einen „race to the top“ annehmen); dazu auch bereits *Hellgardt/Hoger*, ZGR 2011, 38, 49 f. Startschuss für den Rechtsformenwettbewerb in Europa waren eine Reihe von EuGH-Urteilen, welche die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaftsformen ermöglichten; vgl. EuGH, Urt. v. 09.03.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 – Centros; Urt. v. 05.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – Überseering; Urt. v. 30.09.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – Inspire Art. Zum aktuellen Diskussionsstand siehe *Klöhn*, RabelsZ 76 (2012), 276 ff.; *Schön*, ZGR 2013, 333 ff. Für einen Vergleich der Wettbewerbe im Steuer- und Gesellschaftsrecht siehe *ders.*, CMLR 42 (2005), 331 ff.

¹⁷⁷ Gegen die Annahme eines solchen Wettbewerbs noch *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt (2002), S. 275–332; offener die Beiträge in

insbesondere private Unternehmen, als „Nachfrager“ rechtlicher Regelungen.¹⁷⁸ Einem solchen „Wettbewerb“ steht insbesondere die Staatsrechtslehre kritisch gegenüber, die die Erosion grundlegender Prinzipien (wie des Rechtsstaats- oder des Demokratieprinzips) befürchtet.¹⁷⁹

Demgegenüber spielt sich ein „Wettbewerb der Teilrechtsordnungen“ innerhalb ein und desselben Staates ab, sogar auf derselben Regelungsebene im föderalen System.¹⁸⁰ Denn dabei wird die Metapher weniger im Sinne des wirtschaftlichen als des sportlichen Wettbewerbs verstanden. Ziel ist es, angesichts eines konkreten Regelungsproblems herauszufinden, welche Teilrechtsordnung die beste Leistung erbringt, d.h. am besten imstande ist, das Problem im Sinne des Normgebers zu lösen. In Abgrenzung zu den internationalen „Wettbewerben der Rechtsordnungen“, die sich jeweils auf einen eigenen Rechtsbereich (Unternehmensbesteuerung; geschlossene Kapitalgesellschaften; Schuldverschreibungen) beziehen, handelt es sich also um eine Vielzahl paralleler Wettbewerbe – letztlich könnte für jeden Regelungsgegenstand von einem separaten Wettbewerb gesprochen werden. Das Erkenntnisinteresse hinter dem Einsatz der Metapher besteht aber darin, verallgemeinerungsfähige Faktoren zu identifizieren, die es ermöglichen, Klassen von Regelungsgegenständen bestimmten Teilrechtsordnungen (bzw. deren Regelungsinstrumenten) zuzuordnen. Ebenso, wie gute Sprinter sowohl beim 100-Meterlauf als auch beim 200-Meterlauf reüssieren, beim Kugelstoßen dagegen zumeist auf den hinteren Rängen landen, eignet sich z.B. das Strafrecht in vielen Lebensbereichen hervorragend als generalpräventives (Regulierungs-)Instrument, aber weniger gut als (Interessenausgleichs-)Instrument zur Lösung von Interessenkonflikten, etwa von Gesellschaftern und Gläubigern in einem Konzern.¹⁸¹

Während im Rahmen der Regulierungstheorie der Zusammenhang zwischen einzelnen Regulierungsinstrumenten und Regulierungszielen untersucht wurde,¹⁸² geht es beim Wettbewerb der Teilrechtsordnungen darum, auf einer höheren Abstraktionsebene Regelungsgegenstände so zu klassifizieren, dass daran die Instrumente der unterschiedlichen Rechtsgebiete verglichen werden können. Ausgehend von dem Konzept einer Rechtstheorie, die prinzipienbasierte und fol-

dem Sammelband *Eidenmüller* (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution* (2013) sowie *Rühl*, ERCL 9 (2013), 61 ff.

¹⁷⁸ Zur Struktur des Rechtsmarktes siehe *Eidenmüller*, JZ 2009, 641, 642–644.

¹⁷⁹ So insbesondere *P. Kirchhof*, in: ders. (Hrsg.), *Gemeinwohl und Wettbewerb* (2005), S. 1, 4 f.; siehe auch *A. Peters*, in: VVDStRL 69 (2010), S. 7, 26–36; positiver aber *Kersten*, in: HStR, Bd. XI³ (2013), § 233 Rn. 8.

¹⁸⁰ Zum Wettbewerb innerhalb des föderalen Systems des Grundgesetzes siehe *Giegerich*, in: VVDStRL 69 (2010), S. 57, 88–91; *Kersten*, in: HStR, Bd. XI³ (2013), § 233 Rn. 19 f.

¹⁸¹ Allerdings beruht etwa das französische Konzernrecht im Kern auf der so genannten *Rozenblum*-Doktrin, die die Voraussetzungen festlegt, unter denen sich die Geschäftsleiter eines Konzerns nicht wegen Untreue strafbar machen; siehe dazu rechtsvergleichend *Forum Europaeum Konzernrecht*, ZGR 1998, 672, 705–709; *Weller / Bauer*, ZEuP 2015, 6, 13 f.

¹⁸² Siehe oben S. 492 ff. Siehe außerdem unten S. 565 ff. (zur Wahl von Regulierungsinstrumenten aus Sicht des Gesetzgebers).

genorientierte Elemente kombiniert,¹⁸³ besteht das Ziel des Vergleichs nicht nur darin, die dogmatischen Strukturen der einzelnen Teilrechtsordnungen herauszuarbeiten (etwa die jeweiligen Prinzipien¹⁸⁴), sondern zu untersuchen, wie sich diese Strukturen auf die Eignung zur Lösung des Regelungsproblems auswirken. Welcher „Lösung“ ein Regelungsproblem zugeführt werden soll, ist allerdings grundsätzlich keine rechtliche oder rechtswissenschaftliche Frage, sondern in allen Fällen, in denen nicht ausnahmsweise das Grundgesetz eine bestimmtes Ergebnis zwingend vorgibt (so z. B. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG), eine *politische* Entscheidung. Das bedeutet allerdings nicht, dass solche „Lösungen“ einer rechtswissenschaftlichen Analyse und Klassifizierung entzogen wären.

Anhand der „Funktionen des Rechts“¹⁸⁵ lassen sich auf abstrakter Ebene unterschiedliche Arten von Lösungen unterscheiden, die der Gesetzgeber (jeweils aus politischen Gründen) anstreben kann.¹⁸⁶ Möchte der Gesetzgeber durch den Erlass einer Norm verhaltenssteuernd im öffentlichen Interesse wirken, handelt es sich um Regulierung. Geht es dagegen darum, rechtliches Handeln überhaupt zu ermöglichen oder tatsächlichem Handeln einen rechtlichen Rahmen zu geben, stellt das Resultat eine Infrastruktur dar. Sollen die Interessen unterschiedlicher Beteiligter in einen Ausgleich gebracht werden, der möglichst allen gerecht wird, steht am Ende eine interessenausgleichende Regelung. Weiterhin ist es denkbar, dass der Gesetzgeber Verfahrensabläufe strukturieren möchte (Organisation) oder die Grenzen staatlichen oder privaten Verhaltens noch ohne eine steuernde Intention festlegen will (Begrenzung). Die Regulierungsfunktion, die Infrastrukturfunktion, die Interessenausgleichsfunktion, die Organisationsfunktion und die Begrenzungsfunktion¹⁸⁷ des Rechts bilden damit die Grundlage für unterschiedliche Wettbewerbe der Teilrechtsordnungen.¹⁸⁸

Welche Regulierungs-, Infrastruktur-, Interessenausgleichs-, Organisations- und Begrenzungsinstrumente dem jeweiligen Regelungsanliegen am besten gerecht werden, lässt sich abstrakt kaum beantworten, sondern erfordert jeweils einen detaillierten Instrumentenvergleich.¹⁸⁹ Eine Ausnahme bildet insoweit das Strafrecht, das vor allem eine Regulierungs- und eine Begrenzungsfunktion erfüllt, während es sich nicht für die Bereitstellung von Infrastrukturen, die über die Verbesserung des Strafprozesses hinausreichen,¹⁹⁰ eignet und auch nur sehr

¹⁸³ Dazu oben S. 383 ff.

¹⁸⁴ Für einen Überblick über die Prinzipien der Teilrechtsordnungen siehe *D. Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht (1985), S. 173–224.

¹⁸⁵ Siehe dazu oben S. 47 ff. mit Definitionen der unterschiedlichen Funktionen.

¹⁸⁶ So auch *Stark*, ARSP Beiheft Nr. 140 (2014), S. 159, 163 („Funktion“ als „instrumentelles Korrelat zum Ziel“).

¹⁸⁷ Diese Aufzählung ist nicht abschließend gemeint, vgl. bereits oben S. 55.

¹⁸⁸ Demgegenüber untersucht *Stark*, ARSP Beiheft Nr. 140 (2014), S. 159, 165–167, wie der internationale Rechtswettbewerb die Funktionen des Rechts verändert.

¹⁸⁹ Für den Bereich der Regulierung wird ein solcher Vergleich unten S. 565 ff. durchgeführt.

¹⁹⁰ In diesem Sinne wurde oben (S. 58) das Tagessatzsystem der Geldstrafe als strafrechtliches Infrastrukturelement genannt.

begrenzt zu Interessenausgleichs- oder Organisationszwecken eingesetzt werden kann. Dagegen hängt die Vorzugswürdigkeit des Einsatzes von Privatrecht oder Verwaltungsrecht von den Details des konkret vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsanliegens ab. Für die Analyse von Regulierungsinstrumenten wurden oben fünf Gruppen an Vergleichskriterien vorgeschlagen (Funktionsweise; Reichweite; Institutionelle Einbettung; Informationsbedarf und Komplexität; Kosten);¹⁹¹ entsprechende Kriterien lassen sich auch für den Vergleich von Infrastruktur- oder Interessenausgleichsinstrumenten entwickeln. Auf Grundlage solcher Vergleiche ist es möglich, die relativen Vor- und Nachteile der Teilrechtsordnungen und ihrer Regelungsinstrumente immer besser zu verstehen.

Ziel der Wettbewerbsmetapher ist es aber nicht, unendliche Kataloge an Vergleichskriterien zu entwickeln; im Kern geht es vielmehr darum, durch die Fruchtbarmachung der Rechtsfunktionen das innovative Potential zu heben, das sich durch den funktionalen Blickwinkel auf das Recht ergibt.¹⁹² Welches Regelungsgebiet durch welche Teilrechtsordnung geregelt wird, ist zuvörderst eine Frage des positiven Rechts. Die Abgrenzung ist im Wettbewerb der Teilrechtsordnungen aber kein statisches Konzept. Vielmehr können durch Innovationen neue Rechtsinstrumente in allen Teilrechtsordnungen geschaffen werden, die sich möglicherweise noch besser zur Adressierung bestimmter Regelungsgegenstände eignen als die bislang vorhandenen. Mit jeder solchen Neuschaffung – sei es durch den Gesetzgeber, die (rechtsfortbildende) Rechtsprechung oder auch die Rechtswissenschaft¹⁹³ – wird nicht nur der Bestand an rechtlichen Instrumenten vergrößert (ggf. auch verringert), sondern verändert sich zugleich auch die Bedeutung und Abgrenzung der Teilrechtsordnungen!

Einschlägiges Anschauungsmaterial bietet das Recht der Anlageberatung: Zunächst hatte der BGH im Jahr 1993 eine vertragsrechtliche Haftung von Banken bei Verletzung der Pflicht zur „anleger- und objektgerechten Beratung“ etabliert,¹⁹⁴ so dass das Regelungsgebiet (allein) dem Privatrecht zugerechnet werden konnte. Aber schon 1995 erließ der Gesetzgeber die §§ 31 ff. WpHG, welche aufsichtsrechtliche Mindeststandards für Wertpapierdienstleistungen¹⁹⁵ einführten, die im Laufe der Zeit durch die Verwaltungspraxis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sowie durch aufwändige Neufassungen

¹⁹¹ Siehe oben S. 506 ff. mit Tabelle 1.

¹⁹² Zur rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung siehe nur *Hoffmann-Riem*, AöR 131 (2006), 255 ff.

¹⁹³ Man denke nur an die Rechtsinstitute der culpa in contrahendo und der positiven Vertragsverletzung, die beide ursprünglich durch die Wissenschaft hervorgebracht wurden; vgl. *Jhering*, Jher. Jb. 4 (1861), 1 ff.; *Staub*, in: FS für den XXVI. DJT (1902), S. 29 ff.

¹⁹⁴ BGHZ 123, 126.

¹⁹⁵ Anlageberatung ist gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 Nr. 9 WpHG eine Wertpapierdienstleistung. In der ursprünglichen Fassung des Gesetzes war dies noch nicht der Fall. Allerdings statuierte § 31 Abs. 2 WpHG a.F. Erkundigungs- und Informationspflichten der wertpapierhandelnden Banken, deren Hauptanwendungsfall in der Anlageberatung bestand.

des Gesetzes¹⁹⁶ immer weiter ausdifferenziert wurden. Damit ist das Rechtsgebiet nun in allen Details verwaltungsrechtlich determiniert. Allerdings hat der BGH im Jahr 1999 entschieden, dass diese aufsichtsrechtlichen Vorgaben „Bedeutung für Inhalt und Umfang (vor-)vertraglicher Aufklärungspflichten“ haben.¹⁹⁷ In der Folge kam den Vorschriften sowohl verwaltungs- als auch privatrechtliche Relevanz zu.¹⁹⁸ Mit Bezug auf eine spätere Gesetzesfassung entschied der BGH dann aber im Jahr 2013, dass die Regelungen der §§ 31 ff. WpHG n. F. ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur seien und „deshalb auf das zivilrechtliche Schuldverhältnis zwischen Wertpapierdienstleistungsunternehmen und Kunde nicht ein[wirken].“¹⁹⁹ Auch die Schutzgesetzzeigenschaft i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB, die der BGH zunächst nur für einige Detailregelungen der §§ 31 ff. WpHG abgelehnt, für die Kernpflichten des § 31 WpHG aber offengelassen hatte,²⁰⁰ lehnte er nun im Gesamten ab.²⁰¹ Damit besteht derzeit ein unverbundenes Nebeneinander von aufsichts- und privatrechtlichen Vorgaben für die Anlageberatung²⁰² – der Wettbewerb der Teilrechtsordnungen um die Regelung des Rechts der Anlageberatung dürfte aber auch mit dieser Rechtsprechung noch nicht sein Ende erreicht haben.²⁰³

¹⁹⁶ Vergleicht man die ursprüngliche Fassung von 1995 mit der aktuellen Version (letzte Änderung durch das Gesetz zur Anpassung von Gesetzen auf dem Gebiet des Finanzmarktes vom 15.07.2014, BGBl. I, S. 934), so hat sich zeichenmäßig der Umfang des Normtextes von § 31 WpHG in knapp 20 Jahren mehr als verzweifacht!

¹⁹⁷ BGHZ 142, 345, 356.

¹⁹⁸ Dies ist nicht nur theoretisch relevant, sondern betrifft ganz maßgeblich die Auslegungskompetenz. So finden sich bei einer Juris-Recherche 20 BGH-Urteile zu § 31 WpHG, aber nur zwei Urteile des BVerwG, die zudem jeweils nur Randbereiche der Norm berühren. Die für die Auslegung von § 31 WpHG maßgeblichen höchstrichterlichen Urteile hat sämtlich der BGH gefällt.

¹⁹⁹ BGH ZIP 2013, 2001, 2002. Siehe auch ebd., S. 2003: „Die aufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten bewirken daher als solche weder eine Begrenzung noch eine Erweiterung der zivilrechtlich zu beurteilenden Haftung des Anlageberaters“.

²⁰⁰ Vgl. BGHZ 147, 343, 353; für einen Schutzgesetzcharakter bereits *Kumpan / Hellgardt*, DB 2006, 1714, 1715.

²⁰¹ BGH ZIP 2013, 2001, 2003.

²⁰² Ergänzend tritt der strafrechtliche Schutz vor Anlagebetrug gemäß §§ 263, 264a StGB hinzu (dazu z.B. BGH NStZ 2003, 264), der allerdings für die beratenden Banken keine zusätzlichen Pflichten etabliert (sondern nur besonders krasse Verletzungen der existierenden Pflichten sanktioniert) und deshalb das Rechtsgebiet nicht materiell prägt.

²⁰³ Zu möglichen gesetzgeberischen Reaktionen siehe *J. Koch*, ZBB 2014, 211, 218–221, der mit der Feststellung endet (S. 221): „Die Frage, wie eine optimale Beratung des Anlegers gewährleistet werden kann, ist ersichtlich im Fluss und die derzeitigen Regelungsansätze haben eher experimentellen Charakter.“

III. Was bleibt vom Privatrecht?

Wenn das Privatrecht (formal) nicht durch – dem Gesetzgeber vorgegebene – materielle Prinzipien wie die Privatautonomie oder die *iustitia commutativa* definiert, sondern im Wesentlichen als ein Rechtsdurchsetzungsregime betrachtet wird, das seine Wertungen der positiven Setzung des Gesetzgebers verdankt und sich im Wettbewerb mit den anderen Teilrechtsordnungen behaupten muss – bleibt dann nicht nur die Alternative, Privatrecht mit der in den USA vorherrschende Auffassung²⁰⁴ als eine Art der staatlichen Regulierung zu betrachten? Nein! So sehr es das Anliegen dieser Studie ist, die Wichtigkeit der bislang im deutschen Diskurs zu stark vernachlässigten Regulierungsfunktion des Privatrechts hervorzuheben, so wäre es doch ein fundamentales Missverständnis, darin eine Verabsolutierung der Regulierung zu sehen oder die Behauptung, dass alles Privatrecht Regulierung sei. Das Gegenteil ist richtig: Regulierung ist *eine* Funktion des Privatrechts, keineswegs die einzige und alles beherrschende. Insbesondere die Infrastruktur- und die Interessenausgleichsfunktion und mit diesen die Idee der *iustitia commutativa* prägen das Privatrecht in mindestens gleicher Weise. Schon von Verfassungs wegen wäre es unzulässig, Privatrecht auf die Regulierungsfunktion zu beschränken, stellt doch der privatrechtliche Interessenausgleich in vielen Bereichen der Privat- und Intimsphäre die einzige zulässige Regelungsart dar.²⁰⁵

Selbst wenn man die Rückbindung an die *iustitia commutativa* oder die Behauptung, dass ausschließlich das Privatrecht der Verwirklichung von Privatautonomie diene, aufgibt, bleibt es Kernaufgabe des Privatrechts, privat(auto)nomem Handeln rechtliche Formen zur Verfügung zu stellen und Konflikte zwischen Privaten einer Lösung zuzuführen, die die beteiligten Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringt. Wenn diese zentralen Aspekte des Privatrechts in dieser Studie teilweise in den Hintergrund treten, so liegt das allein an dem spezifischen Erkenntnisinteresse, nicht daran, dass ihre Bedeutung relativiert werden soll. Auch wenn man einer überpositiven Begründung des Privatrechts skeptisch gegenübersteht, ist das Privatrecht doch keinesfalls weniger als das, was sich aus dem geltenden Recht an grundlegenden Prinzipien ergibt. Indem sie dies bestreitet oder jedenfalls missachtet, schießt die in den USA vorherrschende Auffassung, wie auch eine die Regulierungsfunktion des Privatrechts leugnende Auffassung, über das Ziel hinaus – nur in entgegengesetzter Richtung.

Allerdings hat die regulierungstheoretische Untersuchung des Privatrechts Ergebnisse hervorgebracht, die sich nicht auf die Regulierungsfunktion beschränken, sondern das Privatrecht an sich in einem anderen Licht erscheinen lassen, etwa indem sie es ermöglichen, Infrastruktur-, Interessenausgleichs- und Regulierungselemente im Privatrecht zu unterscheiden und an diese Unterschei-

²⁰⁴ Siehe dazu die Nachweise in S. 325, Fn. 4 f.

²⁰⁵ Dazu bereits oben S. 550 f.

dung rechtlich relevante Folgen zu knüpfen.²⁰⁶ Als Regime zur Durchsetzung von infrastrukturellen, interessenausgleichenden, regulatorischen, organisatorischen oder begrenzenden Regelungen unterscheidet sich das Privatrecht wesentlich vom Verwaltungsrecht und Strafrecht. Diese Unterschiede sind sowohl im einfachrechtlichen formalen Privatrechtsbegriff²⁰⁷ als auch im verfassungsrechtlichen Privatrechtsbegriff²⁰⁸ verankert, denen zufolge sich das Privatrecht dadurch auszeichnet, dass es Regelungen für (formal) gleichgeordnete Private enthält.

Die Eigenart des Privatrechts basiert auf der prinzipiellen Gleichordnung der Privatrechtssubjekte und tritt besonders deutlich hervor, wenn man es mit dem „Verwaltungsprivatrecht“²⁰⁹ vergleicht, also mit Fällen, in denen sich der Staat „auf die Ebene der Gleichordnung“ begibt, so dass ausnahmsweise privatrechtliche Regelungen Anwendung finden. Es entspricht der ganz h. M., dass in dieser Situation ein überlagerndes öffentlich-rechtliches Regime eingreift, welches sicherstellen soll, dass sich der Staat seinen öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht durch eine „Flucht ins Privatrecht“²¹⁰ entziehen kann.²¹¹ Der Staat, der sich des Privatrechts bedient, ist also in vielerlei Hinsicht gebunden. Dieser Umstand allein ist allerdings noch nicht hinreichend, um die Eigenart des eigentlichen Privatrechts zu begründen, denn auch die Abschluss- und Inhaltsfreiheit der Privaten unterliegt weitreichenden Beschränkungen.²¹² Den Staat trifft aber zusätzlich eine aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Pflicht zur Rechtsdurchsetzung als Ausfluss der Rechtsanwendungsgleichheit,²¹³ die für Private nicht gilt.²¹⁴ Dieser scheinbar kleine und unbedeutende Unterschied, der aus Sicht der öffentlich-rechtlichen Steuerungstheorie sogar einen wesentlichen Nachteil

²⁰⁶ Dazu im Einzelnen unten S. 646 ff.

²⁰⁷ Zu diesem oben S. 524 f.

²⁰⁸ Zu diesem oben S. 223 ff.

²⁰⁹ So die Terminologie bei *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 291. Kritisch zum Begriff *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 66; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 229 (anders aber S. 207).

²¹⁰ Grundlegend zu dieser Figur *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts³ (1913), S. 135 f.

²¹¹ Siehe nur *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 45–54; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 291; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 222, 228.

²¹² So kann sowohl die Wahl des Vertragspartners beschränkt sein (z. B. gemäß § 19 AGG) als auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts (z. B. gemäß §§ 134, 138, 307 ff. BGB).

²¹³ Vgl. *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 51; siehe auch *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee² (2006), S. 60; *Wolff/Bachof/Stober u. a.*, Verwaltungsrecht I¹² (2007), S. 366 f.

²¹⁴ Zwar kann sich ein Privater vertraglich zur Rechtsdurchsetzung verpflichten und insbesondere Organwalter können aufgrund ihrer Organstellung verpflichtet sein, die Rechte der Gesellschaft geltend zu machen. Diese Ausnahme dient aber allein dem Schutz des Vertragspartners/der Gesellschafter vor opportunistischem Verhalten; sofern gute Gründe bestehen, *im Interesse des Berechtigten/der Gesellschaft* auf die Geltendmachung der Rechte zu verzichten oder der Berechtigte/die Gesellschafter gegen die Rechtsverfolgung votieren, entfällt die Pflicht zur Rechtsdurchsetzung; vgl. BGHZ 135, 244, 256.

privatrechtlicher Regulierungsinstrumente begründet,²¹⁵ bildet in Wirklichkeit den Kern der Eigenständigkeit des Privatrechts. Da die Privaten im Privatrecht gleichgeordnet sind, obliegt ihnen allein die Entscheidung, ob sie ihre Rechte geltend machen wollen – dies gilt unabhängig davon, ob die Rechtsdurchsetzung im konkreten Fall zugleich im öffentlichen Interesse läge oder allein dem Eigennutz des Berechtigten dient.

Die Eigenständigkeit des Privatrechts beruht aus Sicht einer funktionalen Rechtstheorie gerade auf diesem *Prinzip der Privatinitiative*. Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung findet nur statt, wenn sich der Berechtigte aktiv dafür entscheidet. Das gilt selbst für den Grenzfall, dass eine bestimmte vertragliche Regelung im Wege der Verbandsklage generell für rechtswidrig erklärt wurde; ein solches Urteil wirkt gemäß § 11 S. 1 UKlaG nur dann zugunsten eines individuellen Vertragsteils, wenn sich dieser auf die Urteilstwirkung beruft. Zwar müssen auch im Öffentlichen Recht subjektive Rechte gerichtlich durchgesetzt werden, wenn sie verletzt werden, und insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung besteht regelmäßig ein Antragserfordernis. Dies sind aber lediglich Ausnahmen vom grundlegenden Officialprinzip. Entscheidend für die Abgrenzung zum Privatrecht ist, dass sich ein Privater im Verwaltungsrecht grundsätzlich nicht dagegen wehren kann, dass eine Behörde gegenüber einem anderen Privaten Maßnahmen ergreift, die direkt oder indirekt der Durchsetzung seiner (rechtlichen) Interessen dienen.²¹⁶ Auch im Strafrecht hängt die Rechtsverfolgung grundsätzlich nicht von der Zustimmung des Opfers ab (eine Ausnahme bilden die absoluten Antragsdelikte²¹⁷). Für die hoheitliche Rechtsdurchsetzung ist allein eine solche Grundregel angemessen, weil der Staat grundsätzlich eben *nicht* in das konkrete Rechtsverhältnis involviert ist, sondern als prinzipiell *Ungleicher* von außen eingreift. Ein solcher Eingriff darf daher nicht willkürlich erfolgen. Demgegenüber steht es den Privatrechtssubjekten frei, ob sie die Rechtsdurchsetzungsinitiative

²¹⁵ So spricht *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 17, 57 von einer „Durchsetzungsschwäche“ des Privatrechts und *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7, 18 konstatiert: „[W]o ein Rechtssubjekt an der Verfolgung und Durchsetzung seiner Belange nicht interessiert ist, greifen die Instrumente des Privatrechts nicht.“

²¹⁶ So kann etwa die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht den oben erwähnten § 31 WpHG gegenüber einer Bank unabhängig davon durchsetzen, ob der von einer fehlerhaften Anlageberatung betroffene individuelle Anleger damit einverstanden ist oder nicht. Dabei wird nicht verkannt, dass in der *Praxis* Behörden meist erst aufgrund konkreter Beschwerden Privater von Missständen erfahren und – auch in den seltenen Fällen amtlicher Kenntnis von einem Rechtsverstoß – häufig aufgrund ihres Entschließungsermessens von einem Eingreifen absehen, wenn sich kein betroffener Privater beschwert hat. Dies ändert aber nichts daran, dass abgesehen von den Fällen eines zwingenden Antragserfordernisses die Officialmaxime gilt.

²¹⁷ Siehe aber *Muttelsee*, Die Sicherung des Rechtsfriedens im Bereich der Privatklagedelikte, Diss., Bonn (1991), S. 77, 81, die in der Dispositionsbefugnis des Opfers einen Verstoß gegen das Tatschuldprinzip sieht und absolute Antragsdelikte deshalb als „verfassungsrechtlich bedenklich“ einstuft.

ergreifen wollen oder nicht. Es mag zwar zutreffen, dass subjektive Rechte nicht notwendig vom Willen des Berechtigten abhängen, weil der Rechteinhaber gerade auf die besonders fundamentalen Rechte nicht verzichten kann;²¹⁸ im Privatrecht ist aber niemand gezwungen, seine unverzichtbaren Rechte auch *geltend zu machen*.²¹⁹

Anders gewendet bedeutet dies: Wenn der Gesetzgeber eine Materie im Privatrecht regelt, geht damit nicht zwingend privatautonome Selbstbestimmung einher. Viele – und nach dem Empfinden vieler Privatrechtswissenschaftler²²⁰ immer mehr – Bereiche des Privatrechts sind einer rechtsgeschäftlichen Gestaltung aus rechtlichen oder faktischen Gründen entzogen, die Rechte und Pflichten beruhen allein auf den materiellen Wertungsentscheidungen des Privatrechtsgesetzgebers oder der diese konkretisierenden Rechtsprechung.²²¹ Dagegen vertraut der Gesetzgeber, der sich des Privatrechts bedient, damit stets auf die *rechtsgestaltende Kraft der Privatinitiative*. Diese betonte bereits *Jhering*, als er das Privatrecht als Ergebnis eines Kampfes um das Recht charakterisierte, der sowohl eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst als auch gegen das Gemeinwesen darstelle.²²² In einem demokratischen Rechtsstaat kommt dem als zentraler Wirkungsbereich der Privatinitiative verstandenen Privatrecht eine wichtige staatstheoretische Aufgabe zu. Privatrecht ermöglicht eine dezentrale Gemeinwohlverwirklichung, es stellt dem Einzelnen anheim, selbst Verantwortung für die Realisierung öffentlicher Aufgaben zu übernehmen.²²³ Dies gilt nicht nur für die Durchsetzung regulatorischen Privatrechts, sondern auch für die Realisierung eines materiellen privaten Interessenausgleichs in dem durch den Privatrechtsgesetzgeber formal vorgegebenen Rahmen. Ob und wie der Einzelne seine Privatinitiative ausübt, ob er aus reinem Gewinnstreben oder aufgrund moralisch zweifelhafter Motive das Maximum des rechtlich Möglichen realisiert oder andersherum aus sittlichen Erwägungen die ihm formal zustehende Rechtsposition ungenutzt lässt, ob er im Sinne eines Musterprozesses einen Missstand, von dem auch viele andere betroffen sind, beseitigt oder lediglich von einem zahlungsunwilligen Schuldner das vertraglich vereinbarte Entgelt verlangt, ob er aufwändige außergerichtliche Schlichtungsversuche unternimmt oder einem nüchternen Anspruchsschreiben die schon fertige Klage folgen lässt – all dies ist allein Gegenstand der freien privaten Selbstbestimmung und unterscheidet die privatrechtliche Rechtsdurchset-

²¹⁸ So das Argument von *MacCormick*, in: FS H.L.A. Hart (1977), S. 189, 196 f. gegen die Willentheorie des subjektiven Rechts; ausführlich dazu oben S. 373.

²¹⁹ Dies ist insbesondere im Strafrecht anders, wo fundamentale subjektive Rechte auch bei Einwilligung der verletzten Person geschützt werden; vgl. §§ 216, 228 StGB.

²²⁰ Beispielhaft *Picker*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft (2007), S. 207, 228–239; *Wagner*, ZEuP 2010, 243 ff.; *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996), S. 40–48.

²²¹ *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996), S. 11–15 spricht insoweit von einem „Gesetzes- und Richterstaat“.

²²² *Jhering*, Der Kampf um's Recht (1872), S. 27, 51.

²²³ Vgl. auch oben S. 244.

zung und damit das Privatrecht grundlegend von der hoheitlichen Rechtsdurchsetzung im Verwaltungsrecht und Strafrecht. Während dort die *Offizialmaxime* herrscht, stellt die das Privatrecht kennzeichnende *Privatinitiative* einen Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG dar.²²⁴

²²⁴ Vgl. BVerfGE 72, 155, 170.

4. Teil

Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis

Das in dieser Studie vertretene umfassende Privatrechtsverständnis hat nicht nur Auswirkungen auf die Privatrechtswissenschaft. Die vollständige Bedeutung der Regulierungsfunktion des Privatrechts erschließt sich erst, wenn man einen praktischen Blickwinkel einnimmt. Aus Sicht des Gesetzgebers erweitert das Privatrecht den regulatorischen Baukasten, der zur Verfolgung eines politisch gewünschten Regulierungsziels zur Verfügung steht (dazu § 11). Aber auch für die Rechtspraxis, insbesondere die gerichtliche Rechtsanwendung, hat die Regulierungsfunktion des Privatrechts einschneidende Konsequenzen. Diese ergeben sich einerseits aus der Aufgabe der Zivilgerichte, den regulatorischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers in der Rechtsanwendung zum Durchbruch zu verhelfen, andererseits verändert sich auch die Rolle der Gerichte, wenn anerkannt wird, dass diese selbst regulierend tätig werden (dazu § 12).

§ 11 Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers

Die Perspektive des Gesetzgebers wird in der deutschen Privatrechtswissenschaft nur selten eingenommen.¹ Dies überrascht nicht, wenn man bedenkt, dass zwischen Rechtsdogmatik und Gesetzgebung ein wesentlicher Unterschied besteht: Der Rechtsdogmatiker ist als Rechtsanwender im weiteren Sinne an das gesetzlich vorgegebene System gebunden, der Gesetzgeber nicht.² Für den Gesetzgeber spielen deshalb die rechtsdogmatischen Theorien, z. B. zur (formalen) Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht, keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle; sie entfalten jedenfalls keine normative Bindungswirkung. Aus verfassungsrechtlicher Sicht reicht es für die Zuordnung einer Norm zum Privatrecht aus, dass diese Individualrechtsverhältnisse regelt, an denen der Staat nicht bzw. nicht notwendigerweise beteiligt ist.³ Aber auch hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit ist der Gesetzgeber nicht an die Ergebnisse der Abgrenzungstheorien gebunden, sondern kann – unabhängig von der dogmatischen Zuordnung eines Rechtsverhältnisses zum materiellen Privatrecht oder Öffentlichem Recht – im Wege von Sonderzuweisungen Streitigkeiten demjenigen Gerichtszweig übertragen, den er bevorzugt.⁴ Damit ist nicht gesagt, dass es nicht vielfältige Vorteile insbesondere für die reibungslose Anwendung und damit die Akzep-

¹ Siehe aber *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 ff.; *Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 63 ff.; *Klöhn*, in: Schulze (Hrsg.), Compensation of Private Losses (2011), S. 179 ff.; *Möslein*, Dispositives Recht (2011), S. 335–480; *Tröger*, in: Hopt/Tzouganatos (Hrsg.), Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen (2014), S. 297 ff. Siehe auch die historisch-vergleichende Untersuchung von *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen (2004), der sich aber auf die formalen Aspekte der Gesetzgebung konzentriert.

² A.A. *Lobinger*, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten (2004), S. 281; *Picker*, JZ 2003, 1035, 1038–1045, 1048, die offenbar auch den Gesetzgeber an ein (naturrechtlich-logisches?) System gebunden sehen.

³ Ausführlich oben S. 223 ff.

⁴ Ein besonders plastisches Beispiel ist der Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Bundesnetzagentur im so genannten „Regulierungsverwaltungsrecht“. Während im Bereich der Aufsicht über Telekommunikationsunternehmen, Postunternehmen und Eisenbahnunternehmen aufsichtsrechtliche Maßnahmen vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden können, weist § 75 Abs. 4 EnWG die gerichtliche Zuständigkeit im Falle der Aufsicht über Energieversorgungsunternehmen der Zivilgerichtsbarkeit zu; krit. dazu z. B. *H. C. Röhl*, JZ 2006, 831, 838.

tanz einer Regelung bringt, wenn sie sich in das bestehende System harmonisch einfügt. Dabei handelt es sich aber nicht um eine normative Vorgabe, sondern um eine reine Zweckmäßigkeitserwägung.

Will man das Privatrecht aus Sicht des Gesetzgebers untersuchen, bleibt deshalb allein die funktionale Perspektive, die sich an solchen Zweckmäßigkeits-erwägungen orientiert. Für den Gesetzgeber zählt nicht die Rechtsdogmatik, sondern die Eignung zur politischen Zielerreichung. Anders gewendet bedeutet dies, dass der Regulierungsfunktion (des Privatrechts bzw. des Rechts im Allgemeinen) eine zentrale Rolle zukommt. Ausgehend von diesen Prämissen sollen im Folgenden zunächst die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente aus der gesetzgeberischen Entscheidungssicht betrachtet werden (unter I.). Obwohl die Wahl von Regulierungsinstrumenten vorrangig eine Frage der Zweckmäßigkeit ist, setzt das Verfassungsrecht doch gewisse äußere Grenzen, insbesondere durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der wirkliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers lässt sich deshalb erst ermessen, wenn diese Grenzen in die Überlegung einbezogen werden (unter II.). Auf dieser Grundlage kann sodann die Stellung des Privatrechts im Baukasten des Gesetzgebers konkretisiert werden (unter III.).

I. Gesetzgeberische Regulierungsentscheidungen

Bei schematischer Betrachtung lassen sich im Bereich der Gesetzgebung politische und regulatorische Entscheidungen abgrenzen. Während die politischen Entscheidungen die Definition des Regulierungsziels betreffen, geht es bei den Regulierungsentscheidungen um die rechtstechnische Implementierung, insbesondere um die Auswahl und Kalibrierung des oder der Regulierungsinstrumente. In der Praxis lassen sich diese Bereiche häufig nur schwer trennen, weil Regulierungsentscheidungen das Ausmaß und die Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung beeinflussen und deshalb durch die politische Debatte über das richtige Regulierungsziel beeinflusst werden können. Politische Kompromisse bestehen häufig darin, dass zwar ein Regulierungsziel als solches anerkannt, zugleich aber ein Regulierungsinstrument gewählt wird, von dem nur eine moderate Zielerreichung zu erwarten ist. Im Folgenden werden diese Wechselwirkungen bewusst ignoriert und lediglich die Regulierungsentscheidungen des Gesetzgebers untersucht.

1. Wahl des Regulierungsinstruments

Ausgangspunkt der Untersuchung ist die bereits im Rahmen der Regulierungstheorie angeklungene Erkenntnis, dass sich Regulierungsinstrumente nicht als solche, sondern lediglich in ihrer Eignung zur Erreichung eines Regulierungs-

ziels bewerten und vergleichen lassen.⁵ Dies bedeutet allerdings nicht, dass Regulierungsinstrumente nur im konkreten Einzelfall verglichen werden könnten. Vielmehr lässt sich das theoretische System der Regulierungsziele⁶ um eine praktische Systematik erweitern, welche die Regulierungsziele aus Sicht der regulierenden Instanz ordnet und so einen rechtssetzungsbezogenen übergreifenden Vergleich von Regulierungsinstrumenten ermöglicht.

a. Praktische Systematik der Regulierungsziele

Als Regulierungsziel wurde ein idealer sozialer Zustand definiert, den die regulierende Instanz mit ihrer regulatorischen Rechtssetzung oder Rechtsanwendung erreichen möchte.⁷ Für eine auf die Gesetzgebung bezogene Systematisierung von Regulierungszielen kommt es darauf an, den Begriff des idealen sozialen Zustands genauer zu fassen.

Ein solcher Zustand kann entweder darin bestehen, dass eine bestimmte Situation (in juristischer Terminologie: ein „Erfolg“) eintritt oder gerade nicht eintritt, oder der Zustand ist dadurch gekennzeichnet, dass der Regulierungsadressat eine bestimmte Handlung vornimmt oder unterlässt.⁸ Theoretisch besteht häufig nur ein geringer Unterschied zwischen diesen Kategorien. So kann etwa ein Erfolgs-Regulierungsziel darin bestehen, dass der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt gefördert werden soll, indem dem Käufer vor der Kaufentscheidung ein grober Überblick über die Marktlage verschafft wird. Ein Handlungs-Regulierungsziel wird daraus, wenn das angestrebte Ziel darin besteht, dass jemand, z. B. der Verkäufer oder der Betreiber eines Internetportals, dem Käufer vor Abschluss des Vertrags bestimmte Informationen übermittelt. Damit scheinen auch Handlungs-Regulierungsziele oft auf einen impliziten Erfolg ausgerichtet zu sein. In der Praxis können sich zwischen diesen beiden fast identischen Regulierungszielen aber erhebliche Unterschiede ergeben. So wird im zweiten Fall (in dem jemand bestimmte Informationen übermitteln soll) die Eigenverantwortlichkeit des Käufers betont, er muss z. B. sicherstellen, dass er die erhaltenen Informationen richtig versteht und überlegen, ob und ggf. welche zusätzlichen Informationen er für eine angemessene Entscheidung benötigt. Der Eintritt des Erfolgs wird daher nicht allein der Regulierung überantwortet; diese schafft lediglich die notwendigen, nicht aber die hinreichenden Voraussetzungen. Dagegen trifft den Verpflichteten im ersten Fall eine Art Erfolgsverantwortung. Während eine solche auf den ersten Blick für den Gesetzgeber vorzugswürdig erscheint, ist da-

⁵ Siehe oben S. 493 ff. Noch enger *Häusermann*, RW 2015, 49, 76, der (unter dem Effizienzkriterium) lediglich einen paarweisen Vergleich von Regulierungsinstrumenten für möglich hält.

⁶ Zu diesem oben S. 442 ff.

⁷ Oben S. 438.

⁸ Vgl. *Shavell*, 36 J. L. & Econ. 255, 256 f. (1993), der „acts“, „harm“ und „benefits“ unterscheidet.

mit – neben erhöhtem Regulierungsaufwand – häufig auch ein erheblicher Paternalismus verbunden. Es gibt deshalb gute praktische Gründe, Handlungs-Regulierungsziele zu wählen und den Eintritt des finalen Erfolgs nicht rechtlich determinieren zu wollen.

Auch wenn die Kategorien des „Erfolgs“ und der „Handlung“ recht vage sind, eignen sie sich wegen dieser Unterschiede im vorliegenden Zusammenhang für eine Abgrenzung. Auf oberster Ebene ergeben sich daraus vier Kategorien von Regulierungszielen: Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs; Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs; Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung; Regulierung zur Verhinderung einer Handlung. Im Folgenden wird von dieser Grobeinteilung ausgegangen, wobei teilweise zu Illustrationszwecken detailliertere Beispiele herangezogen werden. Anstatt der Vielzahl der oben genannten möglichen wissenschaftlichen Vergleichskriterien⁹ spielen aus Sicht des Gesetzgebers vor allem drei Kategorien eine Rolle: die Zielgenauigkeit, die Nebenwirkungen und die Kosten von Regulierungsinstrumenten.

b. Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs

Im Rahmen der Erfolgs-Regulierung ergibt sich ein weites Spektrum an Regulierungszielen. Dies liegt insbesondere daran, dass ein „Erfolg“ sehr spezifisch definiert werden (z. B. zum Schutz der Volksgesundheit soll jeder Arbeitnehmer mindestens 24 Werktage Urlaub im Jahr nehmen) oder sehr allgemein gefasst sein kann (z. B. dass die Arbeitseinkommen der Ärmsten und der Reichsten einer Gesellschaft in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen sollen).

aa. Zielgenauigkeit

Aus Sicht des Gesetzgebers steht an erster Stelle die Zielgenauigkeit eines Regulierungsinstruments. Welches Regulierungsinstrument die höchste Zielgenauigkeit aufweist, hängt davon ab, welche Instrumente überhaupt zur Erreichung des konkreten Ziels geeignet sind, wie hoch die Toleranz für eine Zielverfehlung im Einzelfall ist und wie leicht sich die Erreichung des Regulierungsziels im Einzelfall verifizieren lässt. Diese drei Variablen und ihre Auswirkungen auf die Wahl des passenden Regulierungsinstruments werden in Tabelle 2 zusammengefasst und anschließend im Detail erläutert.

⁹ Siehe oben S. 506 ff.

Tabelle 2: Determinanten der Zielgenauigkeit (Herbeiführung eines Erfolgs).

<i>Variable</i>	<i>Wert</i>	<i>Geeignete Regulierungsinstrumente</i> ¹⁰
Zielerreichung	Spezifischer Erfolg	Öffentlich-rechtliches Gebot; Privatrechtlicher Anspruch
	Allgemeiner Erfolg	Vertragsinhaltskontrolle; Schadensersatz; Aufsichtsrecht
Fehlertoleranz	Niedrig	Verbot mit Genehmigungsvorbehalt; Privatrechtliche Formvorschrift; Kriminalstrafe
	Hoch	Geldbuße; Schadensersatz
Verifizierbarkeit	Einfach	Subvention; Geldbuße
	Schwer	Schadensersatz (ggf. mit Beweis- erleichterung); Kriminalstrafe

Handelt es sich um einen sehr spezifischen Erfolg (soll z. B. das Hauptprofil der Luftreifen von Kraftfahrzeugen eine Profiltiefe von mindestens 1,6 mm aufweisen), kann das Regulierungsziel zum Inhalt eines primären Gebots gemacht werden. Geeignet sind grundsätzlich verwaltungsrechtliche Gebote, bei Allgemeinheit des angestrebten Ziels in Form eines Gesetzes, ansonsten in Form eines Verwaltungsakts.¹¹ Dies gilt auch dann, wenn der Erfolg vor allem einer Reihe von unterschiedlichen Privatpersonen dient (z. B. wenn die Sitze von Kraftfahrzeugen mit einer Kopfstütze ausgestattet sein sollen). Soll der spezifische Erfolg jedoch einer bestimmten Privatperson zugutekommen, um damit ein weitergehendes öffentliches Interesse zu fördern (soll z. B. ein Geschäftsbesorger Anreizzahlungen von Dritten herausgeben, damit er durch solche nicht in der Unabhängigkeit seiner gesamtwirtschaftlich relevanten Tätigkeit beeinträchtigt wird), bietet sich ein privatrechtlicher Anspruch der betreffenden Person an, der je nach Konstellation vertraglich oder außervertraglich ausgestaltet werden kann.

Ist der angestrebte Erfolg hingegen sehr allgemein gefasst (z. B. Gewährleistung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen in Wirtschaftsunternehmen), kann ein solches Regulierungsziel nicht zum Inhalt eines primären Gebots gemacht werden. Stattdessen müssen ein oder mehrere konkretere Stellvertreter-Ziele (im Beispiel der Gleichberechtigung z. B. gleiche Bezahlung für Frauen

¹⁰ Es werden beispielhaft Regulierungsinstrumente genannt, die sich bei Vorliegen des Variablenwerts besonders gut eignen. Unabhängig davon lassen sich sämtliche Instrumente jeweils einem der beiden Werte zurechnen.

¹¹ Für eine detaillierte Beschreibung dieser und der weiteren erwähnten Regulierungsinstrumente siehe oben S. 456 ff. und S. 478 ff.

und Männer oder ein Mindestanteil an Frauen auf einer bestimmten unternehmensinternen Hierarchieebene) definiert werden, um das eigentliche Regulierungsziel zu operationalisieren.¹² Es ist offensichtlich, dass die Zielerreichung und damit die Zielgenauigkeit maßgeblich davon abhängt, wie geeignet die gewählten Stellvertreter-Ziele sind, das eigentlich angestrebte Erfolgs-Regulierungsziel zu erreichen. Grundsätzlich verbessert sich der Grad der Zielerreichung mit der Zahl der Stellvertreter-Ziele, weil es für die Regulierungsadressaten schwieriger wird, das Stellvertreter-Ziel einzuhalten und gleichzeitig die Erreichung des Regulierungsziels zu unterlaufen (würde in dem Beispiel der Gleichberechtigung z. B. nur die gleiche Bezahlung von Frauen und Männern als einziges Stellvertreter-Ziel gewählt, könnten Unternehmen einfach darauf verzichten, Frauen einzustellen). Sollen mehrere Stellvertreter-Ziele mittels eines einzelnen Regulierungsinstruments verfolgt werden, kommen nur solche Instrumente in Betracht, bei denen der Rechtsanwender ex post eine große Flexibilität hat, die Erreichung einzelner Stellvertreter-Ziele im Einzelfall zu bewerten und zur Erreichung des gewünschten Erfolgs in Beziehung zu setzen. Diese Eigenschaft weisen unterschiedliche Regulierungsinstrumente auf, so dass es auf die konkrete Situation ankommt: Soll der allgemein definierte Erfolg einem spezifischen Privaten zugutekommen, können – je nach Konstellation – eine Vertragsinhaltskontrolle (z. B. um für Verbraucher angemessene Gaspreise sicherzustellen) oder Schadensersatz (z. B. wenn sichergestellt werden soll, dass Vorstände bzw. Geschäftsführer die Gesellschaft im Interesse der Gesellschafter leiten) eingesetzt werden. In sonstigen Fällen bietet sich eine behördliche Aufsicht an, die im Einzelfall flexibel auf die Entwicklungen reagieren kann und unterschiedliche Reaktionsinstrumente zur Verfügung hat.

Wenn der Erfolg zum Gegenstand eines primären Gebots gemacht wird, besteht theoretisch die Möglichkeit, in jedem Einzelfall die Zielerreichung rechtlich durchzusetzen. Praktisch hängt die Befolungsquote aber maßgeblich von dem gewählten Rechtsdurchsetzungsmechanismus ab, der wiederum die Fehlertoleranz des Gesetzgebers widerspiegelt. Legt der Gesetzgeber besonderen Wert auf eine möglichst hohe Befolungsquote, bietet eine standardmäßige Kontrolle der Zielerreichung in jedem Einzelfall die höchste Befolgungsgewähr. Eine solche kann im Verwaltungsrecht durch ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt erreicht werden. Wird etwa für den Betrieb gefährlicher Anlagen eine behördliche Genehmigung verlangt, kann vor Erteilung einer solchen Genehmigung in jedem Einzelfall überprüft werden, ob der gewünschte Erfolg (z. B. bestimmte technische Eigenschaften der Anlage) vorliegt. Im privatrechtlichen

¹² Siehe dazu bereits im Zusammenhang mit der Finanzmarktregulierung *Hellgardt*, in: Ringe/P. M. Huber (Hrsg.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis* (2014), S. 157, 159 f. Siehe auch *Engel*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung* (1998), S. 173, 199 f. BVerfGE 21, 150, 158 spricht insoweit von „Vorzielen“ und „Fernzielen“.

Bereich kann etwa eine Formvorschrift sicherstellen, dass ein Rechtsgeschäft nur wirksam zustande kommt, wenn zuvor der gewünschte Erfolg eingetreten ist (soll z. B. eine Partei über bestimmte Risiken des Geschäfts aufgeklärt werden, um damit gesamtgesellschaftlich bessere Auswahlentscheidungen – etwa bei der privaten Altersvorsorge – zu gewährleisten, kann die notarielle Form verbunden mit einer notariellen Belehrungspflicht vorgeschrieben werden). Eine solche primäre Rechtsdurchsetzung ist am effektivsten, wenn sie als selbstwirksame Vorschrift ausgestaltet werden kann,¹³ wenn also die Vornahme der Kontrolle zur Voraussetzung weiterer Wirkungen gemacht wird. Dies ist etwa der Fall, wenn der Regulierungsadressat nach der allgemeinen Handlungslogik weitere rechtliche Schritte unternehmen muss, in deren Rahmen überprüft wird, ob die Kontrolle tatsächlich erfolgt ist (erfordert z. B. der Eigentumserwerb an einem Grundstück die Eintragung ins Grundbuch, kann die Eintragung davon abhängig gemacht werden, dass beim Kaufvertrag die notarielle Form beachtet wurde). Eine ähnliche Wirkung wird erzielt, wenn die Durchführung der Kontrolle durch ergänzende Regelungen allgemein erkennbar gemacht wird (z. B. durch eine Prüfplakette und eine amtliche Zulassung bei Kraftfahrzeugen, deren Fehlen unmittelbar auffallen). Scheidet aus tatsächlichen Gründen eine Selbstwirksamkeit der Kontrollvorschrift aus, kann die Statuierung einer standardmäßigen Kontrolle Rechtsverstöße zwar nur weniger zuverlässig verhindern (z. B. kann ein Genehmigungserfordernis für den Anbau von Pflanzen, aus denen sich Drogen gewinnen lassen, leicht umgangen werden), führt aber im Entdeckungsfall zu einem Verbot oder einer privatrechtlichen Unwirksamkeit ohne weitere rechtliche Prüfung. Noch effektiver ist in solchen Fällen einer niedrigen Fehlertoleranz und geringen Entdeckungswahrscheinlichkeit eine Kriminalstrafe als sekundärer Rechtsdurchsetzungsmechanismus. Denn eine solche entfaltet auch bei geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit wegen der besonders harten Konsequenzen die größte Abschreckungswirkung.

Ist die gesetzgeberische Fehlertoleranz dagegen höher, kommen als sekundäre Rechtsdurchsetzungsmechanismen Geldbußen oder Schadensersatz in Betracht. Mit der Anwendung derartiger Rechtsdurchsetzungsmechanismen setzt der Gesetzgeber implizit auf ein hohes Maß an freiwilliger Rechtsbefolgung, wobei deren Ausmaß durch die abschreckende Wirkung der Sanktion in gewissem Umfang beeinflusst werden kann.¹⁴ Schadensersatz kommt als Regulierungsinstrument nur dann in Betracht, wenn bei Verfehlung des Regulierungsziels Privaten ein Schaden entsteht, der zum Gegenstand eines Ersatzanspruchs gemacht werden kann.

Die Wahl zwischen unterschiedlichen Sanktionsmechanismen hängt einerseits damit zusammen, wie leicht sich die Erreichung des Regulierungsziels ve-

¹³ Zum Konzept der Selbstwirksamkeit siehe oben S. 457 f.

¹⁴ Zu den Determinanten der Regulierungszielerreichung siehe oben S. 493 ff.

rifizieren lässt, andererseits besteht ein Zusammenhang zur Wahrscheinlichkeit der Verfolgung erkannter Normverstöße. Ist die Erreichung des Regulierungsziels nicht offensichtlich, bietet die Sanktionierung durch Schadensersatzansprüche Vorteile. Denn Private werden regelmäßig nach einiger Zeit realisieren, dass und durch wen sie geschädigt wurden. Sie sind daher besser in der Lage, die Verfehlung der Zielerreichung aufzudecken, als eine Behörde, die mögliche verdeckte Rechtsverstöße erst ermitteln muss.¹⁵ Allerdings laufen Schadensersatzansprüche als Sanktionsmechanismus leer, wenn es privaten Klägern nicht gelingt, die Voraussetzungen ihrer Ansprüche zu beweisen. Ist etwa nur der Schaden und der mögliche Schädiger für den Privaten erkennbar, nicht aber die Kausalität der Verfehlung des Regulierungsziels für den eigenen Schaden, geht von einem Schadensersatzanspruch keine hinreichende Abschreckungswirkung aus. In diesen Fällen kann eine Beweiserleichterung oder Beweislastumkehr helfen. Der Nachteil des Schadensersatzes besteht aus gesetzgeberischer Sicht darin, dass Private ihre Ansprüche regelmäßig nur geltend machen, wenn hinreichende finanzielle Anreize bestehen, während Behörden etwa durch ein Legalitätsprinzip gelenkt werden können.¹⁶ Scheidet Schadensersatz aus (etwa, weil es keine individuell Geschädigten gibt), bieten sich bei schwieriger Verifizierbarkeit Kriminalstrafen als Ausgleich für die geringere Entdeckungswahrscheinlichkeit an. In Fällen, in denen die Erreichung des Erfolgs-Regulierungsziels einfach zu verifizieren ist (z. B. ein gewisser prozentualer Anteil Schwerbehinderter in der Belegschaft eines Unternehmens), kommen als Alternative zu negativen Sanktionen auch positive Instrumente der sekundären Rechtsdurchsetzung in Betracht, wie etwa Subventionen oder sonstige Belohnungen (z. B. bevorzugte Berücksichtigung bei öffentlichen Aufträgen).

bb. Nebenwirkungen

Neben der Zielgenauigkeit beeinflussen aus Sicht des Gesetzgebers auch mögliche Nebenwirkungen die Auswahl des Regulierungsinstruments.¹⁷ Das Auftreten von Nebenwirkungen hängt in hohem Maße von den Umständen des konkreten Regulierungsziels und des gewählten Regulierungsinstruments ab. Im Folgenden sollen lediglich unerwünschte Nebenwirkungen behandelt werden,¹⁸ da diese dazu führen können, dass ein Regulierungsinstrument im Einzelfall als ungeeignet erscheint. Dabei kann nur grob skizziert werden, von welchen der zur Herbeiführung eines Erfolgs geeigneten Regulierungsinstrumenten welche Art von unerwünschten Nebenwirkungen ausgehen kann. Als

¹⁵ Vgl. *Shavell*, 36 J. L. & Econ. 255, 267 (1993).

¹⁶ Ausführlich zum Vergleich von öffentlicher und privater Rechtsdurchsetzung unten S. 630 ff.

¹⁷ Ausführlich zu Nebenwirkungen *Engel*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung* (1998), S. 173 ff.

¹⁸ Zu positiven Nebenwirkungen siehe unten S. 615 f.

Reaktion auf mögliche unerwünschte Nebenwirkungen kann der Gesetzgeber auf die Regulierung (bzw. das entsprechende Regulierungsinstrument) ganz verzichten, die Nebenwirkungen in Kauf nehmen oder versuchen, diese durch Gegenmaßnahmen abzumildern.¹⁹ Deshalb ist auch zu untersuchen, welche potentiellen Gegenmaßnahmen in Betracht kommen (womit nicht gesagt ist, dass die Ergreifung dieser Gegenmaßnahmen den anderen beiden Möglichkeiten des Umgangs mit unerwünschten Nebenwirkungen stets vorzuziehen wäre). Die nachfolgende Tabelle enthält eine Übersicht einiger beispielhafter Fälle, die anschließend erläutert werden.

Tabelle 3: Nebenwirkungen von Regulierungsinstrumenten
(Herbeiführung eines Erfolgs).

<i>Regulierungsinstrument</i>	<i>Art der Nebenwirkung</i>	<i>Mögliche Gegenmaßnahmen</i>
Öffentlich-rechtliches Gebot/ Verbot mit Genehmigungsvorbehalt	Unterlassen der Tätigkeit	Subventionierung
Aufsichtsrecht	Kollaboration	Organisatorische Vorkehrungen
Geldbuße	Erstattung durch Unternehmen	Beschränkung der Erstattung von Geldbußen durch Unternehmen
Subvention	Übermäßige Normerfüllung	Deckelung des Gesamtsubventionsbetrags
Privatrechtlicher Anspruch	Abkaufen der Regulierungswirkung	Beschränkung der Verzichts-/ Vergleichsmöglichkeit
Vertragsinhaltskontrolle	Formelle Kriterien (z.B. Beweislast)	Konkretisierung der materiellen Kriterien
Schadensersatz mit Beweiserleichterung	Falsche Verurteilung	Dokumentationspflichten
Privatrechtliche Formvorschrift	Umgehung	Beschränkung der Form auf wichtige Fälle
Kriminalstrafe	Überabschreckung	Eingrenzung des Tatbestands

Wird ein bestimmter Erfolg (z.B. ein hoher Sicherheitsstandard) gesetzlich zur Voraussetzung etwa der Zulassung von technischen Geräten gemacht, kann dies dazu führen, dass die Produktion bzw. der Einsatz solcher Geräte nachlässt, weil die damit verbundenen Herstellungskosten zu hoch sind. Das ist dann problematisch, wenn ein öffentliches Interesse an der entsprechenden Tätigkeit besteht

¹⁹ Siehe bereits oben S. 504.

und diese infolge der Regulierung unter das erwünschte Niveau absinkt (z. B. indem Produktionsstätten in Länder mit niedrigeren Sicherheitsstandards verlagert werden). Eine mögliche Gegenmaßnahme besteht darin, Regulierungsadressaten (ganz oder anteilig) die Kosten der Erfolgserreichung in Form von Subventionen zu erstatten.

Setzt der Gesetzgeber eine Aufsichtsbehörde ein, die die Erreichung eines komplexen Erfolgs sicherstellen soll (z. B. die Systemstabilität von Banken), besteht die Gefahr, dass Lösungen von den beaufsichtigten Regulierungsadressaten und der Aufsichtsbehörde gemeinsam erarbeitet werden und damit eine implizite Selbstbindung in der Aufsichtstätigkeit eintritt, die es verhindert, bei Fehlentwicklungen frühzeitig und entschlossen Gegenmaßnahmen zu treffen. Im schlimmsten Fall kommt es zu einer „Kollaboration“ zwischen Regulierungsadressat und Behörde.²⁰ Als Gegenmaßnahme können organisatorische Vorkehrungen getroffen werden, z. B. eine obligatorische Rotation der zuständigen Beamten oder eine externe Prüfung des Aufsichtskonzepts (z. B. durch Wirtschaftsprüfer oder einen Rechnungshof).

Wird eine Geldbuße für den Fall eingeführt, dass das angestrebte Erfolgs-Regulierungsziel ausbleibt, besteht im Wirtschaftsbereich die Gefahr, dass die Regulierungsadressaten sich mit impliziter Billigung ihrer Unternehmen über das Recht hinwegsetzen und im Falle der Entdeckung und Sanktionierung das Unternehmen die Geldbuße erstattet. Dem kann entgegengewirkt werden, indem die Zahlung von Geldbußen für Organmitglieder oder Angestellte verboten oder an hohe organisationsrechtliche Voraussetzungen geknüpft wird.²¹

Lobt der Gesetzgeber für die Erreichung des angestrebten Erfolgs eine Subvention aus, besteht die Gefahr, dass Regulierungsadressaten künstlich Situationen schaffen, die sie zum Erhalt der Subvention berechtigen (so genannter „Kobra-Effekt“²²). Als Gegenmaßnahme kommen eine Deckelung des insgesamt zur Verfügung stehenden Subventionsbudgets sowie eine Präzisierung der Tatbestandsvoraussetzungen in Betracht.

Soll der regulatorisch angestrebte Erfolg sichergestellt werden, indem einem Privaten ein privatrechtlicher Anspruch darauf eingeräumt wird, besteht stets die Möglichkeit, dass der Berechtigte seinen Anspruch nicht geltend macht, sondern sich stattdessen einen (finanziellen oder sonstigen) Ausgleich von dem

²⁰ Zum „regulatory capture“ siehe auch bereits oben S. 37.

²¹ Vgl. BGHZ 202, 26, wonach eine Aktiengesellschaft eine gegen ihr Vorstandsmitglied verhängte Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage – sofern der Organwalter durch die zugrunde liegenden Handlungen auch seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt hat – nur aufgrund eines Hauptversammlungsbeschlusses übernehmen darf.

²² Der Name geht auf folgende Anekdote zurück: Um einer Kobra-Plage Herr zu werden, lobte ein britischer Gouverneur in Indien eine Prämie auf jede abgelieferte tote Kobra aus, woraufhin die lokale Bevölkerung begann, Kobras zu züchten, zu töten und abzuliefern; siehe zu diesem Beispiel etwa *Sacksosky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 40 Rn. 105.

Regulierungsadressaten gewähren lässt. Ein solches Verhalten stellt allerdings nur dann eine unerwünschte Nebenwirkung dar, wenn das über das Interesse des Berechtigten hinausgehende öffentliche Interesse gerade die Herbeiführung des Erfolgs verlangt. In diesen Fällen kann die Verzichts- oder Vergleichsmöglichkeit des Berechtigten beschränkt werden, etwa indem Rechte gesetzlich für unverzichtbar erklärt werden²³ oder indem – bei Unternehmen – hohe organisatorische Hürden (z.B. Fristen und Zustimmungserfordernisse) für einen Verzicht/Vergleich aufgestellt werden.

In Fällen, in denen zur Sicherstellung eines Erfolgs eine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen vorgesehen ist, besteht die Gefahr, dass die Zivilgerichte anstatt eine materielle Bewertung der Zielerreichung im Einzelfall vorzunehmen, rein formelle Kriterien entwickeln, anhand derer sie die Fälle schematisch entscheiden können.²⁴ Als Gegenstrategie kommt eine möglichst genaue Konkretisierung der materiellen Kriterien im Gesetz in Betracht. Allerdings lässt sich die Gefahr einer solchen Rechtsprechungsentwicklung ex ante kaum vollständig beheben; vielmehr bedarf es einer Beobachtung der Rechtsprechungsentwicklung, die dann Grundlage für eine Nachsteuerung sein kann.

Sieht das Gesetz Beweiserleichterungen vor, um Schadensersatzansprüche bei Verfehlung des Regulierungsziels zu effektuieren, steigt die Gefahr, dass auch solche Normadressaten, die eigentlich gar nicht verpflichtet waren, den Regulierungserfolg herbeizuführen, oder die dies tatsächlich getan haben, fälschlicherweise verurteilt werden.²⁵ Dadurch können die Anreize beeinträchtigt werden, an sich wünschenswerte Tätigkeiten auszuüben. Besteht die Gefahr, dass Gesetzesadressaten zu wenige Vorkehrungen treffen, um unberechtigten Verurteilungen zu entgehen, kann dem z.B. durch die Einführung von Dokumentationspflichten begegnet werden. Zwar sollten Unternehmen schon intrinsisch Anreize haben, entsprechend Beweisvorsorge zu treffen. Werden die Anforderungen daran aber vereinheitlicht, drohen einzelnen Unternehmen keine Wettbewerbsnachteile und außerdem können die Gerichte an die Erfüllung oder Nichterfüllung der Pflichten standardmäßig beweisrechtliche Folgen knüpfen.²⁶

²³ Wird in solchen Fällen trotzdem eine Zahlung geleistet, kann das Bereicherungsrecht (insbesondere § 817 S. 2 BGB) so angewendet werden, dass damit maximale Rechtsunsicherheit erzeugt wird; siehe dazu ausführlich *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804 ff.

²⁴ Für ein Beispiel siehe die umfassende Analyse der Rechtsprechungsentwicklung zur zivilgerichtlichen Überprüfung von Gaspreisen bei *Podszun*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte (2014), S. 476–487, 496–500.

²⁵ Siehe dazu *Kaplow*, 101 AER 277 (2011); *ders.*, 121 Yale L. J. 738, 752–762 (2012).

²⁶ Vgl. dazu BGHZ 203, 174, 179.

Wird ein privatrechtlicher Formzwang eingesetzt, um den Eintritt eines bestimmten Erfolgs herbeizuführen, besteht die Gefahr, dass die Parteien die damit einhergehenden Kosten und Mühen scheuen und versuchen, die Form zu umgehen. Soweit sie bei einer notariellen Beurkundung einen zu niedrigen Preis angeben, wird das Regulierungsziel (die Belehrung einer oder beider Parteien durch den Notar) trotzdem erreicht. Wird aber das Geschäft so strukturiert, dass der Formzwang gänzlich vermieden wird, können dadurch Verträge zustande kommen, die das Regulierungsziel verfehlen und den eigentlichen Interessen der Parteien zuwiderlaufen und – etwa im Falle von Leistungsstörungen, Insolvenz oder ähnlichem – zu unerwünschten Ergebnissen führen. Dieser Gefahr kann dadurch entgegengewirkt werden, dass Formzwänge nur für wirtschaftlich wichtige Geschäfte eingesetzt werden, bei denen die zusätzlichen Transaktionskosten am ehesten tragbar erscheinen.

Knüpft der Gesetzgeber eine Kriminalstrafe an die Verfehlung des angestrebten Regulierungserfolgs, besteht die Gefahr einer Überabschreckung, d. h. dass die entsprechende Tätigkeit aus Sorge vor einer unberechtigten Strafverfolgung nicht mehr ausgeübt wird. Dieser Nebenwirkung kann durch eine möglichst präzise Fassung des Straftatbestands und durch Statuierung besonderer Verschuldensformen (z. B. Absicht) entgegengewirkt werden.

cc. Kosten

Schließlich interessieren aus Sicht des Gesetzgebers die jeweiligen Kosten der möglichen Regulierungsinstrumente. Die Kosten lassen sich aufspalten in Rechtssetzungskosten (die der Staat trägt), Rechtsdurchsetzungskosten (die bei rein staatlicher Durchsetzung der Staat, bei privatrechtlicher Durchsetzung entweder allein der private Rechtsdurchsetzer oder – bei Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe – dieser gemeinsam mit dem Staat trägt) und Rechtsbefolgungskosten²⁷ (die der Regulierungsadressat trägt).²⁸ Tabelle 4 fasst schematisch zusammen, welches Regulierungsinstrument aus Sicht des jeweiligen Kostenträgers welche relativen Kosten verursacht.

²⁷ Als Rechtsbefolgungskosten zählen dabei nicht die wirtschaftlichen Implikationen einer durch das Regulierungsziel selbst bewirkten Verhaltensänderung (z. B. die Notwendigkeit, aufgrund der Regulierung teurere Bauteile zu verwenden), sondern allein die regulierungsinstrumentenspezifischen Kosten, diese Vorgaben zu implementieren; vgl. oben S. 509 f.

²⁸ Soweit Kosten durch Private zu tragen sind, besteht je nach konkreter Konstellation die Möglichkeit, dass diese die Kosten vertraglich auf Dritte umlegen. Die Möglichkeit derartiger Kostenüberwälzungen bleibt an dieser Stelle aus Vereinfachungsgründen außer Betracht. Zudem ist es häufig für den Gesetzgeber ex ante schwierig abzuschätzen, ob, in welchem Umfang und auf wen es den Regulierungsadressaten gelingt, Rechtsbefolgungskosten zu überwälzen.

Tabelle 4: Kosten von Regulierungsinstrumenten (Herbeiführung eines Erfolgs).

<i>Regulierungs- instrument</i>	<i>Rechtssetzungs- kosten</i>	<i>Rechtsdurch- setzungskosten</i>	<i>Rechtsbe- folgungskosten</i>
Öffentlich-rechtliches Gebot/Verbot mit Genehmigungsvorbehalt	Mittel/Hoch	Variabel/Hoch	Niedrig/Hoch
Aufsichtsrecht	Mittel	Hoch	Hoch
Geldbuße	Niedrig	Variabel	Niedrig
Subvention	Hoch	Hoch (Auszahlung)	Niedrig
Privatrechtlicher Anspruch	Niedrig-Mittel	Mittel	Niedrig-Mittel
Vertragsinhaltskontrolle	Hoch	Hoch	Hoch
Schadensersatz mit Beweiserleichterung	Mittel	Niedrig	Hoch
Privatrechtliche Formvorschrift	Niedrig	Niedrig	Hoch
Kriminalstrafe	Niedrig	Hoch	Niedrig

Besonders hohe Rechtssetzungskosten verursachen solche Regulierungsinstrumente, die bereits viele für die Erreichung des Regulierungsziels wichtige Details in ihren Tatbestand aufnehmen, so dass der Gesetzgeber genaue Informationen über die tatsächlichen Grundlagen des angestrebten Erfolgs und seinen Zusammenhang mit dem einzelnen Regulierungsinstrument benötigt. In diese Kategorie fallen das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt, die Subvention und die Vertragsinhaltskontrolle. Im ersten Fall muss genau festgelegt werden, welche Tätigkeit verboten sein soll und unter welchen Voraussetzungen eine Genehmigung erteilt werden kann. Subventionen entfalten (wie andersherum auch Lenkungssteuern) eine Regulierungswirkung dadurch, dass die Fördervoraussetzungen (die Bemessungsgrundlage) und die Förderhöhe (der Steuersatz) so festgelegt werden, dass damit genau solche Tätigkeiten angeregt (abgeschreckt) werden, die den gewünschten Erfolg herbeiführen. Eine Steuerung durch Vertragsinhaltskontrolle setzt ebenfalls eine detaillierte Festlegung der materiellen Kriterien voraus, nach denen die Gerichte einzelne Verträge beurteilen sollen (die Klauselkataloge der §§ 308, 309 BGB sind insoweit ein gutes Anschauungsbeispiel).

Mittlere Gesetzgebungskosten entstehen bei einfachen öffentlich-rechtlichen Geboten, dem Erlass von Aufsichtsrecht, komplizierteren privatrechtlichen

Ansprüchen und Schadensersatzansprüchen mit Beweiserleichterung. Öffentlich-rechtliche Gebote und privatrechtliche Ansprüche müssen tatbestandlich so präzise gefasst sein, dass sie die relevanten Konstellationen abdecken, ohne vorhersehbar auch solche Fälle zu erfassen, die mit der Herbeiführung des angestrebten Erfolgs in keinem Zusammenhang stehen. Soll eine Aufsichtsbehörde eingesetzt werden, so müssen dieser klare Leitlinien für die Aufsichtstätigkeit an die Hand gegeben werden. In vielen Bereichen der Wirtschaftsaufsicht (etwa im Kartellrecht oder Kapitalmarktrecht) werden dadurch hohe Rechtssetzungskosten entstehen, während andere Bereiche (z. B. Gaststättenaufsicht) weniger komplizierte Anforderungen an die Gesetzgebung stellen. Bei Schadensersatzansprüchen mit Beweiserleichterung besteht die Schwierigkeit darin, die richtige Balance zwischen effektiver Rechtsdurchsetzung und unerwünschten Nebeneffekten durch fehlerhafte Verurteilungen zu finden.

Demgegenüber verursachen Bußgeldnormen, einfache privatrechtliche Ansprüche, privatrechtliche Formvorschriften und Straftatbestände den geringsten gesetzgeberischen Aufwand. Bei derartigen Normen besteht die wichtigste Herausforderung darin, klare und eindeutige Regelungen zu treffen. Der Zusammenhang mit der Herbeiführung des erwünschten Erfolgs liegt dagegen meistens auf der Hand.

Die Kosten der Rechtsdurchsetzung können im Einzelfall erheblich variieren. Tendenziell hohe Rechtsdurchsetzungskosten entstehen beim Einsatz von öffentlich-rechtlichen Geboten/Verboten mit Genehmigungsvorbehalt, Aufsichtsrecht, Geldbußen, der Vertragsinhaltskontrolle und Kriminalstrafen. Die meisten dieser Regulierungsinstrumente erfordern, dass Behörden errichtet bzw. erweitert und mit personellen und sachlichen Ressourcen ausgestattet werden. Die erheblichen Variationen in den Rechtsdurchsetzungskosten basieren auf politischen Entscheidungen, bestimmte Behörden besonders gut auszustatten, etwa um gute Ermittlungsergebnisse und Rechtsdurchsetzungsergebnisse zu erzielen, oder andersherum bestimmte Rechtsmaterien nur formell zu verwalten, indem damit eine personell und sachlich bei weitem zu gering ausgestattete Behörde betraut wird. Die hohen Kosten der Vertragsinhaltskontrolle ergeben sich daraus, dass diese grundsätzlich einen Zivilprozess erfordert und sich nur langsam Standards herausbilden, an denen sich die Parteien außergerichtlich orientieren können. Einen Sonderfall bilden Subventionen, weil diese über die Administration hinaus durch die Auszahlung des Subventionsbetrags oder durch geringere Steuereinnahmen den Staatshaushalt direkt belasten.

Mittlere oder niedrige Rechtsdurchsetzungskosten entstehen beim Einsatz privatrechtlicher Ansprüche, bei Schadensersatz mit Beweiserleichterung und privatrechtlichen Formvorschriften. In diesen Fällen kommen häufig außergerichtliche Einigungen zustande, so dass höchstens Rechtsanwaltskosten anfallen. Zudem kommt es bei privatrechtlichen Regulierungsinstrumenten überhaupt nur zu Rechtsdurchsetzungsaktivitäten, wenn eine Verfehlung des Regulierungsziels vorliegt (oder vom privaten Kläger plausibel behauptet werden kann), so dass –

anders als bei präventiv tätigen Aufsichtsbehörden – auch nur in diesen Fällen Kosten entstehen.²⁹

Die Rechtsbefolgungskosten sind bei solchen Regulierungsinstrumenten besonders hoch, die auf den Einzelfall zugeschnittene Verhaltensanforderungen generieren, so dass die Rechtsbefolgung – etwa in einem Unternehmen – nicht mittels weniger allgemeiner Regeln sichergestellt werden kann. In diese Kategorie von Regulierungsinstrumenten fallen das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt, das Aufsichtsrecht, die Vertragsinhaltskontrolle, Schadensersatz mit Beweiserleichterung und privatrechtliche Formvorschriften. Bei einem Genehmigungserfordernis muss eine entsprechende Genehmigung beantragt und im Detail dargelegt werden, dass die Erteilungsvoraussetzungen gegeben sind. Untersteht ein Regulierungsadressat einer besonderen Aufsichtsbehörde, so müssen stets deren Informationsanforderungen, Weisungen oder Lösungsvorschläge berücksichtigt werden. Unterliegen Verträge einer strikten Inhaltskontrolle, muss die Rechtsprechung laufend verfolgt und die eigenen Klauseln entsprechend angepasst werden. Besteht die Gefahr, in einem Schadensersatzprozess einen Entlastungsbeweis führen zu müssen, werden regelmäßig bereits ex ante umfangreiche Dokumentationen vorgenommen. Die Kosten der Einhaltung privatrechtlicher Formvorschriften ergeben sich dagegen insbesondere durch die damit verbundenen Gebühren (z. B. für den Notar).

Dagegen erfordern einfache öffentlich-rechtliche Gebote, Subventionsberechtigungen und einfache privatrechtliche Ansprüche im Regelfall nur geringe organisatorische Anpassungen. Bei Geldbußen und Kriminalstrafen muss lediglich eine (ohnehin erforderliche) grundlegende Unternehmensorganisation eingerichtet werden, die sicherstellt, dass Normverstöße Einzelner nicht unentdeckt bleiben und zeitnah abgestellt werden können. Derartige Regulierungsinstrumente generieren daher in der Regel kaum spezifischen Rechtsbefolgungsaufwand.

c. Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs

Die nun zu untersuchenden Regulierungsziele stellen die Kehrseite der zuvor behandelten dar, sie bestehen darin, den Eintritt eines bestimmten Erfolgs (z. B. einer Körperverletzung) zu verhindern.

aa. Zielgenauigkeit

Die Eignung einzelner Regulierungsinstrumente zur Zielerreichung, d. h. in diesem Fall zur Verhinderung eines Erfolgeintritts, hängt wiederum wesentlich davon ab, wie spezifisch oder allgemein der Erfolg definiert ist. Tabelle 5 fasst die für die Zielgenauigkeit eines Regulierungsinstruments zur Verhinderung eines Erfolgs relevanten Variablen zusammen.

²⁹ Vgl. *Shavell*, 42 J. Leg. Stud. 275 (2013).

Tabelle 5: Determinanten der Zielgenauigkeit (Verhinderung eines Erfolgs).

<i>Variable</i>	<i>Wert</i>	<i>Geeignete Regulierungsinstrumente</i>
Zielerreichung	Spezifischer Erfolg	Öffentlich-rechtliches Verbot; Unterlassungsanspruch; Kriminalstrafe; Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch
	Allgemeiner Erfolg	Aufsichtsrecht; Gatekeeper-Haftung; Herausgabepflicht; Gestaltungsrecht
Fehlertoleranz	Niedrig	Kriminalstrafe; Privatrechtliche Unwirksamkeit
	Hoch	Geldbuße; Offenlegungspflicht; Schadensersatz
Verifizierbarkeit	Einfach	Geldbuße; Unterlassungsanspruch
	Schwer	Schadensersatz (ggf. mit Beweiserleichterung); Kriminalstrafe

Handelt es sich um einen spezifisch definierten Erfolg (z. B. Zerstörung einer Sache), dessen Eintritt abgewendet werden soll, kommen insbesondere ein öffentlich-rechtliches Verbot (bei Allgemeinheit des Ziels in Gesetzesform, ansonsten in Form eines Verwaltungsakts), ein privatrechtlicher Unterlassungsanspruch (oder eine unselbständige Einwendung/Einrede)³⁰ und eine Kriminalstrafe zur Zielerreichung in Betracht. Alle diese Regulierungsinstrumente zeichnen sich dadurch aus, dass sie den zu verhindernden Erfolg als solchen in ihren Tatbestand aufnehmen und verbieten können. Welches dieser Regulierungsinstrumente im konkreten Fall vorzugswürdig ist, hängt insbesondere davon ab, ob auch ein spezifischer Privater ein besonderes Interesse daran hat, dass der Erfolg nicht eintritt, oder ob daran (vorrangig) ein öffentliches Interesse besteht. Ist das öffentliche Interesse an der Verhinderung des Erfolgseintritts besonders stark ausgeprägt, empfiehlt sich der Einsatz einer Kriminalstrafe. Deren regulatorische Wirkung kann durch Einführung eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch bei erfolgreicher Verhinderung des Erfolgseintritts weiter verstärkt werden.

Besteht das Regulierungsziel dagegen darin, den Eintritt eines sehr allgemein definierten Erfolgs zu verhindern (z. B. Schutz Minderjähriger vor der Wahrnehmung von Gewaltszenen; kein übermäßig riskantes Geschäftsmodell einer

³⁰ In ihrer Wirkung als Regulierungsinstrument gleichen sich Unterlassungsanspruch und Einwendung. Einwendungen (einschließlich Einreden) setzen lediglich ein bereits existierendes Rechtsverhältnis voraus und richten sich stets gegen den Anspruch der anderen Partei. Im Folgenden wird vereinfachend nur noch der Unterlassungsanspruch genannt, wenn – je nach Konstellation – auch eine Einwendung in Betracht kommt.

Bank), hilft – anders als bei positiv angestrebten Erfolgen³¹ – die Definition von Stellvertreter-Zielen nicht weiter, da die Eigenart der Erfolgsverhinderung gerade darin besteht, dass der Erfolg in jeder denkbaren Spielart verhindert werden soll. In dieser Konstellation scheidet eine Kriminalstrafe als Regulierungsinstrument regelmäßig aus, weil ein Straftatbestand nicht hinreichend genau definiert werden kann. Eine gewisse Ausnahme bildet der Untreuetatbestand, den die Rechtsprechung speziell für Gesellschaftsorgane zu einer Art „Auffangtatbestand“ für rechtswidriges Verhalten ausgebaut hat.³² Da einem solchen Vorgehen im Strafrecht aufgrund des Bestimmtheitsgebots von Art. 103 Abs. 2 GG aber enge rechtsstaatliche Grenzen gesetzt sind,³³ ist grundsätzlich der Einsatz von Aufsichtsrecht vorzuzugswürdig, welches die Aufsichtsbehörde ermächtigt, im konkreten Fall die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um den Eintritt des Erfolgs zu verhindern (z. B. in Form einer allgemeinen Ermächtigung, Missständen entgegenzuwirken). Daneben können alternativ eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Gatekeeper-Verantwortlichkeit, eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Herausgabepflicht oder ein privatrechtliches Gestaltungsrecht eingesetzt werden. Beim Einsatz eines Gatekeepers wird im Ergebnis die Tätigkeit einer Aufsichtsbehörde privatisiert und entweder durch öffentlich-rechtliche Pflichten des Gatekeepers oder durch eine privatrechtliche Haftung sichergestellt. Der Rückgriff auf einen Gatekeeper anstatt auf eine Aufsichtsbehörde bietet sich dann an, wenn der private Gatekeeper einen Informationsvorteil besitzt und daher die Verhinderung des Erfolgs zuverlässiger sicherstellen kann. Die Statuierung einer Herausgabepflicht kommt insbesondere in solchen Konstellationen in Betracht, in denen der Regulierungsadressat einen starken wirtschaftlichen Anreiz hat, den unerwünschten Erfolg herbeizuführen. Muss er damit rechnen, den Gewinn zu verlieren, entfällt ex ante der Anreiz, den Erfolg herbeizuführen. Ein privatrechtliches Gestaltungsrecht ist dagegen ein geeignetes Regulierungsinstrument, wenn der unerwünschte Erfolg im Rahmen von Vertragsverhältnissen eintreten kann und zu einer Benachteiligung des Vertragspartners führt (z. B. Erregung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums, der den Wettbewerb auf einem Markt beeinträchtigen kann; unangemessene Konditionenveränderung bei Dauerschuldverhältnissen, an deren Durchführung ein öffentliches Interesse besteht).

Möchte der Gesetzgeber den Eintritt des Erfolgs möglichst sicher verhindern, empfehlen sich der Einsatz einer Kriminalstrafe oder – sofern es um die Verhinderung eines Erfolgs im rechtsgeschäftlichen Verkehr geht – ein privatrechtlicher Unwirksamkeitsgrund. Die von Amts wegen zu beachtende Unwirksamkeit lässt bei Eintritt des Erfolgs (z. B. einer sittenwidrigen Übervorteilung) das

³¹ Siehe oben S. 568 f.

³² Siehe insbesondere BGHSt 50, 331 (Mannesmann). Ausführlich zum Ganzen *Seibt / Schwarz*, AG 2010, 301 ff.

³³ Dazu BVerfGE 126, 170, 195–197.

Rechtsgeschäft als solches entfallen, so dass der Regulierungsadressat unabhängig vom Verhalten des Vertragspartners keine Rechte daraus herleiten kann. Ist dagegen die gesetzgeberische Fehlertoleranz höher, kommen eine Geldbuße, eine (privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche) Offenlegungspflicht und ein Schadensersatzanspruch als Regulierungsinstrumente in Betracht. Die Offenlegungspflicht wird in diesem Fall eingesetzt, um das Verhalten des Normadressaten selbst zu steuern³⁴ und ihn durch das Wissen, sein Verhalten später offenlegen zu müssen, davon abzuhalten, den unerwünschten Erfolg herbeizuführen. Dieses Regulierungsinstrument funktioniert deshalb nur dann, wenn auch die Adressaten der Offenlegungspflicht (je nach Konstellation die Geschäftspartner oder die allgemeine Öffentlichkeit) den Eintritt des Erfolgs missbilligen. Die Schadensersatzpflicht führt – anders als die privatrechtliche Unwirksamkeit – nicht dazu, dass ein Rechtsgeschäft als solches nicht mehr zustande kommt, sie nimmt dem Regulierungsadressaten aber den Anreiz, den unerwünschten Erfolg herbeizuführen.

Ist der Eintritt des unerwünschten Erfolgs einfach zu verifizieren, können Geldbußen oder ein privatrechtlicher Unterlassungsanspruch als Regulierungsinstrumente eingesetzt werden. Der Unterlassungsanspruch ist allerdings nur dann effektiv, wenn auch der *bevorstehende* Eintritt erkennbar ist, so dass noch rechtzeitig gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann. Muss hingegen zunächst ermittelt werden, ob der unerwünschte Erfolg tatsächlich eingetreten ist, bietet sich aus den gleichen Gründen wie bei der Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs der Einsatz von Schadensersatzansprüchen oder Kriminalstrafen an.

bb. Nebenwirkungen

Soweit bei der Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs dieselben Regulierungsinstrumente zum Einsatz kommen wie bei der Herbeiführung eines Erfolgs, drohen auch ähnliche unerwünschte Nebenwirkungen. In der folgenden Analyse wird deshalb nur auf solche Nebenwirkungen eingegangen, die zuvor noch nicht behandelt wurden. Der Überblick in Tabelle 6 enthält aber sämtliche in Betracht kommenden Regulierungsinstrumente, wobei die bereits behandelten *kursiv* dargestellt werden.

³⁴ Zu den unterschiedlichen Möglichkeiten, Offenlegungspflichten zur Regulierung einzusetzen, siehe oben S. 478 ff.

Tabelle 6: Nebenwirkungen von Regulierungsinstrumenten
(Verhinderung eines Erfolgs).

<i>Regulierungsinstrument</i>	<i>Art der Nebenwirkung</i>	<i>Mögliche Gegenmaßnahmen</i>
Öffentlich-rechtliches Verbot	Unterlassen der Tätigkeit	Safe-Harbour-Regelungen
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Kollaboration</i>	<i>Organisatorische Vorkehrungen</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Übernahme durch Unternehmen</i>	<i>Beschränkung der Erstattung von Geldbußen durch Unternehmen</i>
Offenlegungspflicht	Adverser Vertrauensgewinn	Zwingende gesetzlich vorformulierte Warnung mit Offenlegung
Unterlassungsanspruch	Kommerzielle Abmahnungen	Beschränkung der Kostenerstattungs-möglichkeiten
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Falsche Verurteilung</i>	<i>Dokumentationspflichten</i>
Gatekeeper-Haftung	Kostensteigerung	Begrenzung der Gatekeeper-Pflichten/Haftungsgrenze
Herausgabepflicht	Formularmäßige Abbedingung	Zwingendes Recht/Kontrolle vertraglicher Abbedingung
Gestaltungsrecht	Erpresserischer Einsatz	Rechtsmissbrauchseinwand
Privatrechtliche Unwirksamkeit	Abwahl deutschen Rechts	Begrenzung der Rechtswahl/International zwingende Unwirksamkeit
<i>Kriminalstrafe</i>	<i>Überabschreckung</i>	<i>Eingrenzung des Tatbestands</i>
Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch	Straffreie Kollateralschäden	Ergänzung durch abstraktes Gefährdungsdelikt

Wird die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs (z. B. die Überschreitung bestimmter Grenzwerte einer Substanz im Grundwasser) durch ein öffentlich-rechtliches Gesetz oder einen Verwaltungsakt verboten, kann dies dazu führen, dass Wirtschaftsunternehmen bestimmte Tätigkeiten, die unter Umständen einen solchen Erfolg herbeiführen könnten, gar nicht mehr ausführen. Diese Gefahr besteht insbesondere dann, wenn sich nicht nachweisen lässt, dass ein konkreter Erfolg gar nicht oder nur teilweise durch diese Tätigkeit verursacht wurde und deshalb die Gefahr besteht, dass Unternehmen zu Unrecht zur Verantwortung gezogen werden. Um eine politisch gewünschte Tätigkeit nicht zu sehr abzuschrecken, bietet sich der Erlass von Safe-Harbour-Regeln an, die festlegen, dass bei einem bestimmten, klar definierten Verhalten kein Verstoß gegen das Verbot vorliegt.

Bei Anordnung einer Offenlegungspflicht gegenüber einem Privaten kann es zu dem Effekt kommen, dass der Informationsempfänger die (gesetzlich vorgeschriebene) Offenlegung eines an sich unerwünschten Erfolgs (z. B. des Umstands, dass ein Anlageberater beim Kauf der empfohlenen Anlage eine höhere Provision erhält als beim Kauf alternativer Anlageformen) als freiwillige Offenheit missdeutet und anstatt eine private Sanktion vorzunehmen (etwa den Auftrag zu entziehen), die vermeintliche Ehrlichkeit besonders honoriert. Dieser Effekt kann vermieden oder abgemildert werden, wenn gesetzlich angeordnet wird, dass mit der Offenlegung dem Informationsempfänger eine standardisierte Warnung (z. B. „Sie sollten bedenken, dass der Umstand, dass Ihr Vertragspartner Sie über x aufklären muss, regelmäßig darauf hindeutet, dass er einem Interessenkonflikt unterliegt, der ihn daran hindern kann, Ihre Interessen bestmöglich zu wahren“) zu übermitteln ist.

Bedient sich der Gesetzgeber eines privatrechtlichen Unterlassungsanspruchs, kann dies in bestimmten Konstellationen eine Vielzahl von Abmahnungen mit rein finanzieller Motivation nach sich ziehen. Sofern dadurch tatsächlich die Erreichung des Regulierungsziels gefördert wird, bestehen aus regulatorischer Sicht gegen eine solche Praxis keine Bedenken; problematisch ist es allerdings, wenn aufgrund uneindeutiger Handlungsweisen des Regulierungsadressaten Abmahnungen berechtigt erscheinen, obwohl gar keine Intention zum Rechtsbruch bestand. Solchen unerwünschten Nebenwirkungen kann abgeholfen werden, indem die Möglichkeiten, Kostenerstattung für die Abmahnung zu erhalten, beschränkt werden.

Die Statuierung einer Gatekeeper-Haftung wird regelmäßig dazu führen, dass der Gatekeeper die Kosten der Haftung auf den Regulierungsadressaten oder auf sonstige Dritte (z. B. die Kunden im Falle einer Ratingagentur) überwälzt. Dies kann dazu führen, dass die Nachfrage nach der Tätigkeit des Regulierungsadressaten aufgrund dieser Kosten nachlässt. Handelt es sich um eine sozial erwünschte Tätigkeit, kann dieser Gefahr durch eine Begrenzung der Gatekeeper-Pflichten oder eine Haftungshöchstgrenze begegnet werden.³⁵

Soll der Eintritt eines Erfolgs dadurch verhindert werden, dass der Regulierungsadressat zur Herausgabe des durch den Erfolgseintritt Erlangten an seinen Geschäftspartner verpflichtet wird, besteht die Gefahr, dass diese Pflicht mittels AGB standardmäßig abbedungen wird. Dem kann dadurch entgegengewirkt werden, dass die Herausgabepflicht zwingend ausgestaltet oder die vertragliche Abbedingung einer AGB- oder allgemeinen Inhaltskontrolle unterworfen wird.

³⁵ Zu möglichen Ausgestaltungen von Haftungshöchstgrenzen für Gatekeeper am Beispiel der Abschlussprüferhaftung siehe *Walter Doralt / Hellgardt / Hopt u. a.*, C.L.J. 67 (2008), 62 ff.

Sieht das Gesetz ein privatrechtliches Gestaltungsrecht vor, mittels dessen ein Privater bei Eintritt des unerwünschten Erfolgs den Vertrag beenden oder umgestalten kann und können die Tatbestandsvoraussetzungen im Einzelfall auch Konstellationen erfassen, in denen das Regulierungsziel gar nicht betroffen ist, besteht die Gefahr, dass der Berechtigte eine Ausübung des Gestaltungsrecht zu dem Zweck androht, sich eigene Vorteile zu verschaffen. Einem solchen erpresserischen Einsatz von Rechtspositionen kann mit einem allgemeinen oder auf die bestimmte Konstellation zugeschnittenen Einwand unzulässiger Rechtsausübung begegnet werden.

Werden privatrechtliche Unwirksamkeitsgründe als Regulierungsinstrument eingesetzt, besteht die Gefahr, dass auf Initiative des Regulierungsadressaten die Anwendung eines ausländischen Rechts ohne einen entsprechenden Unwirksamkeitsgrund vereinbart wird. Dem kann der Gesetzgeber entgegenwirken, indem er einerseits die Möglichkeit der Rechtswahl für bestimmte Personen mit geringer geschäftlicher Erfahrung (z. B. Verbraucher) ausschließt und andererseits besonders wichtige Unwirksamkeitsgründe international zwingend ausgestaltet.

Besteht die Möglichkeit zu einem straffbefreienden Rücktritt vom Versuch, können durch den noch unbeendeten Versuch bereits erhebliche Schäden verursacht worden sein (sticht der Täter etwa mehrfach mit Tötungsvorsatz auf das Opfer ein und verletzt es, kann er immer noch straffrei vom Versuch des Totschlags zurücktreten). Die Straffreiheit in dieser Situation ist gerade der Anreiz für den Täter, auf die Herbeiführung des Erfolgs zu verzichten; die darin liegende Gefahr für andere Rechtsgüter kann durch ergänzende Straftatbestände (im Beispiel bleibt eine vollendete gefährliche Körperverletzung, von der kein Rücktritt möglich ist), insbesondere durch abstrakte Gefährdungsdelikte, die auch ohne Erfolgseintritt vollendet sind, abgemildert werden.

cc. Kosten

Bei der Analyse der Kosten werden erneut nur solche Regulierungsinstrumente untersucht, die nicht bereits zuvor betrachtet wurden. Tabelle 7 präsentiert wiederum eine Gesamtübersicht, in der die bereits behandelten Regulierungsinstrumente *kursiv* dargestellt sind.

Tabelle 7: Kosten von Regulierungsinstrumenten (Verhinderung eines Erfolgs).

<i>Regulierungs- instrument</i>	<i>Rechtssetzungs- kosten</i>	<i>Rechtsdurch- setzungskosten</i>	<i>Rechtsbefolgungs- kosten</i>
Öffentlich-rechtliches Verbot	Mittel	Variabel	Niedrig
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Mittel</i>	<i>Hoch</i>	<i>Hoch</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Variabel</i>	<i>Niedrig</i>
Offenlegungspflicht	Hoch	Niedrig	Niedrig-Hoch
Unterlassungsanspruch	Mittel	Niedrig	Niedrig
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
Gatekeeper-Haftung	Hoch	Niedrig	Mittel
Herausgabepflicht	Niedrig	Niedrig	Niedrig
Gestaltungsrecht	Niedrig	Niedrig	Niedrig
Privatrechtliche Unwirksamkeit	Niedrig	Niedrig	Niedrig
Kriminalstrafe	Niedrig	Hoch	Niedrig
Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch	Niedrig	Niedrig	Niedrig

Vergleichsweise hohe Rechtssetzungskosten verursachen Offenlegungspflichten und Gatekeeper-Haftung. Diese Regulierungsinstrumente erfordern bereits im Stadium der Gesetzgebung eine Vielzahl an Detailüberlegungen, damit die erwünschte Regulierungswirkung auch tatsächlich erreicht werden kann. Anders als etwa im Aufsichtsrecht, wo die Behörde nachträglich durch politische Weisungen gesteuert werden kann, muss beim Einsatz eines Gatekeepers dessen Handlungsprogramm vollständig ex ante durch eine privatrechtliche Haftung (z. B. eine Prospekthaftung für Emissionsbanken am Kapitalmarkt) oder ein Gesetz (z. B. Regelungen zum Inhalt und Umfang der Abschlussprüfung) festgelegt werden. Dagegen verursachen öffentlich-rechtliche Verbote und privatrechtliche Unterlassungsansprüche einen mittleren Gesetzgebungsaufwand. Diese Regulierungsinstrumente müssen zwar so genau gefasst sein, dass sich damit die gewünschte Regulierungswirkung grundsätzlich erzielen lässt, allerdings können Gerichte oder Behörden im Stadium der Rechtsanwendung noch Korrekturen vornehmen. Die anderen neu diskutierten Regulierungsinstrumente – Herausgabepflicht, Gestaltungsrecht, privatrechtliche Unwirksamkeit und strafbefreiender Rücktritt vom

Versuch – verursachen lediglich geringe Rechtssetzungskosten. Derartige Normen können recht allgemein, im Privatrecht z.B. als Generalklausel, formuliert und dann erst im Rahmen der Rechtsanwendung konkretisiert werden.

Der Umfang der Rechtsdurchsetzungskosten hängt bei öffentlich-rechtlichen Verboten erneut stark von der politischen Prioritätensetzung ab. Die anderen neu analysierten Regulierungsinstrumente – Offenlegungspflicht, Unterlassungsanspruch, Gatekeeper-Haftung, Herausgabepflicht, Gestaltungsrecht, privatrechtliche Unwirksamkeit und strafbefreiender Rücktritt vom Versuch – verursachen sämtlich nur geringe Rechtsdurchsetzungskosten. Sofern es sich um privatrechtliche Instrumente handelt, kommt häufig eine außergerichtliche Einigung in Betracht und entsprechende Gerichtsverfahren erfordern meist keinen großen Beweisaufwand. Etwas anderes mag in Einzelfällen der Gatekeeper-Haftung oder in Fällen komplizierter Offenlegungspflichten gelten. Geringen Rechtsdurchsetzungsaufwand erfordert insbesondere auch eine Regelung über den strafbefreienden Rücktritt vom Versuch, da dieser lediglich einen persönlichen Schuldauflösungsgrund darstellt, der im Rahmen des Strafverfahrens zu prüfen ist und ggf. dazu führt, dass das Verfahren schon in einem frühen Stadium eingestellt wird.

Im Bereich der Rechtsbefolgung verursacht von den neu betrachteten Regulierungsinstrumenten die Gatekeeper-Haftung die höchsten Kosten. Gatekeeper betreiben einen erheblichen Aufwand, um die Einhaltung des Rechts durch den Regulierungsadressaten sicherzustellen. Auch wenn sie diese Kosten regelmäßig nicht selbst tragen,³⁶ bleibt die entsprechende Belastung als Folge des Regulierungsinstrumentes. Dagegen erfordern die sonstigen Regulierungsinstrumente – öffentlich-rechtliches Verbot, Offenlegungspflicht, Unterlassungsanspruch, Herausgabepflicht, Gestaltungsrecht, privatrechtliche Unwirksamkeit und strafbefreiender Rücktritt vom Versuch – keine besonderen Compliance-Aufwendungen. Zumeist ist damit nur der Aufwand verbunden, sich regulierungszielkonform zu verhalten. Etwas anderes gilt nur bei Offenlegungspflichten, die anlassunabhängig eingreifen, also auch dann, wenn der Regulierungsadressat den unerwünschten Erfolg gar nicht herbeigeführt hat. Durch solche Pflichten kann im Einzelfall (z.B. bei kapitalmarktrechtlichen Publizitätspflichten) ein erheblicher Kostenaufwand erzeugt werden.

d. Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung

Im Folgenden geht es um Regulierungsziele, die den idealen sozialen Zustand in Form einer Handlung des Regulierungsadressaten bestimmen. Derartige Handlungen können ebenfalls sehr spezifisch als Einzelhandlungen definiert werden (z.B. Übermittlung eines Beratungsprotokolls in Textform vor Abschluss des auf der Beratung beruhenden Geschäfts) oder eine ganze Klasse von Handlungen erfassen (z.B. alle Handlungen, die erforderlich sind, um den Eintritt des To-

³⁶ Vgl. oben S. 583.

des zu verhindern). Bei der Beurteilung von Regulierungsinstrumenten, die auf die Herbeiführung einer Handlung gerichtet sind, können aus gesetzgeberischer Entscheidungsperspektive wiederum die Kategorien Zielgenauigkeit, Nebenwirkungen und Kosten unterschieden werden.

aa. Zielgenauigkeit

Zwischen der Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs und zur Herbeiführung einer Handlung bestehen eine Reihe von Überschneidungen, aber auch wesentliche Unterschiede. Tabelle 8 fasst die Determinanten der Zielgenauigkeit bei der Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung zusammen.

Tabelle 8: Determinanten der Zielgenauigkeit (Herbeiführung einer Handlung).

<i>Variable</i>	<i>Wert</i>	<i>Geeignete Regulierungsinstrumente</i>
Zielerreichung	Einzelne Handlung	Öffentlich-rechtliches Gebot; Privatrechtlicher Anspruch
	Handlungsklasse	Schadensersatz; Aufsichtsrecht; Subvention; Notwehr-/Nothilferecht
Fehlertoleranz	Niedrig	Kriminalstrafe; Rechtsverlust
	Hoch	Geldbuße; Schadensersatz; Subvention
Verifizierbarkeit	Einfach	Subvention; Geldbuße
	Schwer	Schadensersatz (ggf. mit Beweiserleichterung); Kriminalstrafe

Zielt die Regulierung darauf ab, in einer bestimmten Situation eine konkrete Handlung herbeizuführen (z. B. Bäckereiverkäufer dazu zu bringen, einen Schutzhandschuh anzuziehen, bevor sie unverpackte Brotwaren anfassen), kommen ein öffentlich-rechtliches Gesetz (bei generalisierbaren Handlungen), ein Verwaltungsakt (bei situationsspezifischen Handlungen) sowie ein privatrechtlicher Anspruch in Betracht. Diese Regulierungsinstrumente sind sämtlich auch geeignet, einen spezifischen Erfolg herbeizuführen, so dass der Unterschied sich lediglich aus der konkreten Ausgestaltung des Tatbestands oder der Rechtsfolge ergibt. Dies liegt daran, dass zwischen der Herbeiführung einer einzelnen Handlung und eines spezifischen Erfolgs nur ein gradueller Unterschied besteht, nämlich darin, wer das Risiko des Fehlschlags trägt. Bei der Herbeiführung einer einzelnen Handlung hat der Regulierungsadressat alles Erforderliche getan, wenn er die Handlung vornimmt, bei der Herbeiführung des Erfolgs muss er auf eventuelle Schwierigkeiten oder Hindernisse reagieren und ggf. weitere Handlungen vornehmen.³⁷

³⁷ Siehe dazu bereits oben S. 566.

Einige Unterschiede ergeben sich dagegen im Vergleich der zur Herbeiführung einer Klasse von Handlungen geeigneten Regulierungsinstrumenten mit den zur Herbeiführung eines allgemeinen Erfolgs geeigneten Instrumenten. Handlungsklassen sind im Regelfall so genau definiert, dass sie als solche zum Gegenstand eines Regulierungsinstruments gemacht werden können, ohne dass zuvor Stellvertreter-Ziele definiert werden müssten. Allerdings können sich Stellvertreter-Ziele und Handlungsklassen gleichen, wodurch es im Einzelfall wieder zu Ähnlichkeiten kommen kann. Die größte Übereinstimmung besteht beim Schadensersatz, der etwa zu zahlen ist, wenn der Regulierungsadressat nicht „alle Handlungen, die erforderlich sind, um den Erfolgsseintritt zu verhindern“ vorgenommen hat. Dabei werden Erfolgsziele einfach direkt in Klassen von Handlungen transformiert. Ähnlich ist es beim Aufsichtsrecht. Hier wird die Aufsichtsbehörde die Vornahme ganz ähnlicher Handlungen anordnen, unabhängig davon, ob der Gesetzgeber das Regulierungsziel in Form eines (positiven oder negativen) Erfolgs oder als Klasse von Handlungen vorgegeben hat. Dagegen ist es möglich, eine Klasse von Handlungen durch staatliche Subventionen zu stimulieren (z. B. indem steuerliche Abzugsmöglichkeiten für Renovierungskosten gewährt werden, wenn die Renovierung zur Verbesserung der Energieeffizienz von Gebäuden dient), während sich ein allgemeiner Erfolg (z. B. Verbesserung der Geschlechtergerechtigkeit) so nicht fördern lässt. Die Vornahme einer spezifischen Klasse von Handlungen, nämlich Abwehr- und Rettungshandlungen, kann durch den Einsatz eines privat- und strafrechtlichen Notwehr- und Nothilferechts gefördert werden.

Bei geringer Fehlertoleranz bietet sich neben einer Kriminalstrafe der Einsatz eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsverlustes für den Fall an, dass die gewünschte Handlung nicht vorgenommen wird. Der Rechtsverlust ist ein besonders effektives Regulierungsinstrument, weil er Regulierungsadressaten unabhängig von deren finanzieller Potenz und der möglicherweise langwierigen Vollstreckung von Geldforderungen ganz unmittelbar trifft.

Besteht dagegen eine höhere Fehlertoleranz, kommen, wie bei der Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs, Geldbußen und Schadensersatz als Regulierungsinstrumente in Betracht. Alternativ können durch staatliche Subventionen Anreize zur Vornahme der Handlung geschaffen werden.

Ist es einfach zu verifizieren, ob die gewünschte Handlung vorgenommen wurde, kann die Vornahme der Handlung durch eine Subvention belohnt oder die Nichtvornahme durch eine Geldbuße geahndet werden. Muss hingegen erst aufwändig ermittelt werden, ob die Handlung vorgenommen wurde, sind erneut Kriminalstrafen und Schadensersatz vorzugswürdig. Schwierig ist die Frage, wieweit mögliche Beweiserleichterungen bei Schadensersatzansprüchen reichen sollten. Wird auch hinsichtlich der Vornahme der Handlung eine Beweiserleichterung eingeführt, kann es regelmäßig zur Verurteilung von Regulierungsadressaten kommen, die sich rechtskonform verhalten haben, dies aber nicht beweisen können. Deshalb erscheint es vorzugswürdig, dem Geschädigten den vollen Be-

weis dafür aufzuerlegen, dass der Regulierungsadressat die rechtlich gebotene Handlung unterlassen hat. Dagegen sind im Bereich der Kausalität und der Schadensberechnung Beweiserleichterungen angebracht, wenn ansonsten die Regulierungswirkung des Schadensersatzes zu stark beeinträchtigt wäre.

bb. Nebenwirkungen

Auch bei der Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung muss der Gesetzgeber die möglichen Nebenwirkungen der unterschiedlichen Regulierungsinstrumente bei seiner Regulierungsentscheidung berücksichtigen. Da mögliche Nebenwirkungen der meisten Regulierungsinstrumente bereits behandelt wurden (in Tabelle 9 *kursiv* dargestellt), werden im Folgenden lediglich die Nebenwirkungen der neu in Betracht gezogenen Regulierungsinstrumente Rechtsverlust und Notwehr-/Nothilferecht genauer analysiert.

Tabelle 9: Nebenwirkungen von Regulierungsinstrumenten (Herbeiführung einer Handlung).

<i>Regulierungsinstrument</i>	<i>Art der Nebenwirkung</i>	<i>Mögliche Gegenmaßnahmen</i>
<i>Öffentlich-rechtliches Gebot</i>	<i>Unterlassen der Tätigkeit</i>	<i>Subventionierung</i>
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Kollaboration</i>	<i>Organisatorische Vorkehrungen</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Erstattung durch Unternehmen</i>	<i>Beschränkung der Erstattung von Geldbußen durch Unternehmen</i>
<i>Subvention</i>	<i>Übermäßige Normerfüllung</i>	<i>Deckelung des Gesamtsubventionsbetrags</i>
<i>Privatrechtlicher Anspruch</i>	<i>Abkaufen der Regulierungswirkung</i>	<i>Beschränkung der Verzichts-/Vergleichsmöglichkeit</i>
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Falsche Verurteilung</i>	<i>Dokumentationspflichten</i>
<i>Rechtsverlust</i>	<i>Übermäßige Vorsorge</i>	<i>Konkretisierung des Tatbestands</i>
<i>Kriminalstrafe</i>	<i>Überabschreckung</i>	<i>Eingrenzung des Tatbestands</i>
<i>Notwehr-/Nothilferecht</i>	<i>Notwehrexzess</i>	<i>Beschränkung der Rechtsfertigungsmöglichkeit</i>

Der Einsatz eines Rechtsverlustes als Regulierungsinstrument kann wegen der einschneidenden Rechtsfolge dazu führen, dass Regulierungsadressaten übermäßige Vorsorge treffen, nicht gegen ihre Handlungspflichten zu verstoßen.

Diese Gefahr droht insbesondere dann, wenn der Tatbestand der Handlungspflicht so offen gefasst ist, dass sich ex ante nicht genau prognostizieren lässt, welches Verhalten die zuständige Behörde oder das zuständige Gericht später für pflichtgemäß ansehen werden. Bei einer solchen Unsicherheit haben insbesondere Unternehmen Anreize, einen Compliance-Aufwand zu betreiben, der zur Erreichung des Regulierungsziels außer Verhältnis steht. Als Gegenmaßnahme empfiehlt sich eine Konkretisierung des Tatbestands, ggf. in Form von Safe-Harbour-Regeln, die festlegen, welches Verhalten normgemäß ist.

Eröffnet der Gesetzgeber ein Notwehr- oder Nothilferecht, besteht die Gefahr, dass der Berechtigte auf dieser Grundlage Handlungen vornimmt, die weit über das zur Erreichung des impliziten Ziels Erforderliche hinausgehen und etwa fremde Rechtsgüter übermäßig beeinträchtigen. Dieser Gefahr kann durch eine strikte Beschränkung des Rechtfertigungsgrundes auf die aus ex ante-Sicht erforderliche Notwehrhandlung begegnet werden.

cc. Kosten

Tabelle 10 gibt einen Überblick über die Kostenstrukturen der unterschiedlichen Regulierungsinstrumente, die zur Herbeiführung einer Handlung eingesetzt werden können. Genauer analysiert werden im Folgenden die neu betrachteten Regulierungsinstrumente.

Tabelle 10: Kosten von Regulierungsinstrumenten (Herbeiführung einer Handlung).

<i>Regulierungs- instrument</i>	<i>Rechtssetzungs- kosten</i>	<i>Rechtsdurch- setzungskosten</i>	<i>Rechtsbefol- gungskosten</i>
<i>Öffentlich-rechtliches Gebot</i>	<i>Mittel</i>	<i>Variabel</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Mittel</i>	<i>Hoch</i>	<i>Hoch</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Variabel</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Subvention</i>	<i>Hoch</i>	<i>Hoch (Auszahlung)</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Privatrechtlicher Anspruch</i>	<i>Niedrig-Mittel</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig-Mittel</i>
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Rechtsverlust</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Kriminalstrafe</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Notwehr-/Nothilferecht</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>

Will der Gesetzgeber einen Rechtsverlust als Regulierungsinstrument einsetzen, sind die dadurch entstehenden Rechtssetzungskosten in etwa mit denen des Schadensersatzes vergleichbar. In beiden Fällen muss der Tatbestand so genau gefasst werden, dass die Regulierungsadressaten den Verhaltensbefehl ex ante klar antizipieren können. Demgegenüber verursacht eine Notwehr-/Nothilfervorschrift keine besonderen Rechtssetzungskosten, da sie sehr allgemein gefasst werden kann. Die Durchsetzung sowohl eines Rechtsverlustes als auch des Notwehr- oder Nothilferechts verursacht jeweils nur geringe Kosten, da in beiden Fällen kein staatlicher Vollzugsaufwand entsteht. Für den Regulierungsadressaten kann die Gefahr eines Rechtsverlustes allerdings einen erheblichen Compliance-Aufwand verursachen, insbesondere wenn der Tatbestand offen gefasst ist. Durch ein Notwehr- oder Nothilferecht entstehen beim Regulierungsadressaten (demjenigen, der zur Abwendung des Angriffs oder der Gefahr tätig wird) regelmäßig keine besonderen Rechtsbefolgungskosten, je nach den Umständen des Einzelfalls (z.B. Aufbruch einer Tür, um einen Menschen vor einem Feuer zu retten), kann es zu Schäden an der eigenen Kleidung oder zu einer Körperverletzung kommen.

e. Regulierung zur Verhinderung einer Handlung

Abschließend werden Fälle betrachtet, in denen der Gesetzgeber durch die Regulierung die Vornahme einer bestimmten Einzelhandlung (z.B. Rauchen in einem bestimmten räumlichen Bereich) oder einer Klasse von Handlungen (z.B. Beschädigungen einer Sache) verhindern möchte.

aa. Zielgenauigkeit

Tabelle 11 gibt eine Übersicht über die Determinanten der Zielgenauigkeit bei der Regulierung zur Verhinderung einer Handlung.

Tabelle 11: Determinanten der Zielgenauigkeit (Verhinderung einer Handlung).

<i>Variable</i>	<i>Wert</i>	<i>Geeignete Regulierungsinstrumente</i>
Zielerreichung	Einzelne Handlung	Öffentlich-rechtliches Verbot; Unterlassungsanspruch; Kriminalstrafe; Quantitätsbeschränkung; Lenkungssteuer
	Handlungs-klasse	Schadensersatz; Aufsichtsrecht; Verhaltenszurechnung; Informations- oder Offenlegungspflicht
Fehlertoleranz	Niedrig	Kriminalstrafe; Rechtsverlust; Herausgabepflicht
	Hoch	Geldbuße; Schadensersatz; Dispositives Vertragsrecht; Handelbare Quantitätsbeschränkung
Verifizierbarkeit	Einfach	Geldbuße; Lenkungssteuer; Unterlassungsanspruch
	Schwer	Schadensersatz (ggf. mit Beweiserleichterung); Kriminalstrafe

Zielt der Gesetzgeber darauf ab, eine bestimmte Einzelhandlung zu unterbinden, kommen ähnliche Regulierungsinstrumente wie bei der Verhinderung eines spezifischen Erfolgs in Betracht, insbesondere ein öffentlich-rechtliches Verbot (bei Allgemeinheit des Ziels in Form eines Gesetzes, ansonsten in Form eines Verwaltungsakts), ein privatrechtlicher Unterlassungsanspruch und eine Kriminalstrafe. Zusätzlich sind aber auch eine Quantitätsbeschränkung oder eine Lenkungssteuer möglich. Mittels dieser Instrumente kann der Gesetzgeber, statt die entsprechende Handlung vollständig zu verbannen, das Ausmaß steuern, in welchem sie vorgenommen wird (z. B. den Ausstoß eines bestimmten Schadstoffs), eine Dimension, die bei der Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs nicht in gleicher Weise existiert.

Geht es hingegen darum, eine ganze Klasse von Handlungen zu unterbinden (z. B. Täuschungen von Kunden), unterscheiden sich die geeigneten Regulierungsinstrumente von den zur Verhinderung eines allgemein definierten Erfolgs eingesetzten. Vorliegend bieten sich der Einsatz von Schadensersatz, Aufsichtsrecht, einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verhaltenszurechnung oder von Informations- bzw. Offenlegungspflichten an. Durch eine Verhaltenszurechnung zu einem Geschäftsherrn oder einer Konzernobergesellschaft kann sich der Gesetzgeber die internen Organisations- und Sanktionsmechanismen in diesem Verhältnis für die Regulierung zu Nutze machen. Lässt sich das gemeinsame Ziel der unerwünschten Handlungen einheitlich definieren und zum Gegenstand einer gegen den Zurechnungsempfänger gerichteten privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Sanktion machen, kann so wirkungsvoll gegen die gesamte Klasse an Handlungen vorgegangen werden.³⁸ Informations- und Offenlegungspflichten funktionieren ganz ähnlich, indem sich der Gesetzgeber die Reaktion der Kunden oder der allgemeinen Öffentlichkeit auf die unerwünschten Handlungen zunutze macht. Auch hier ist es erforderlich, die Klasse der Handlungen (z. B. konkrete Vorteile, die der Vorstand einer Aktiengesellschaft neben seinem Gehalt von dieser erhält) möglichst genau als Gegenstand der Offenlegungspflicht definieren zu können. Andersherum können Informationspflichten auch dazu eingesetzt werden, den Informationsempfänger als Regulierungsadressaten vor der Vornahme der unerwünschten Handlung zu warnen.

Bei geringer gesetzgeberischer Fehlertoleranz empfiehlt sich der Einsatz einer Kriminalstrafe, eines Rechtsverlustes oder einer Herausgabepflicht, wobei die beiden letzteren Instrumente sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein können. Welches Instrument konkret den Vorzug verdient, hängt davon ab, aus welcher Motivationslage heraus der typische Regulierungsadressat die unerwünschte Handlung vornimmt. Geht es vorrangig darum, einen

³⁸ Vgl. BGH ZIP 2015, 229, 230, wonach der Nachweis einer Falschberatung durch einzelne Anlageberater entbehrlich ist, wenn ein Organisationsverschulden der Bank vorliegt.

Gewinn zu machen, ist eine Herausgabepflicht besonders effektiv. Besteht ein notwendiger Zusammenhang zu einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Rechtsposition, kann ein Verlust dieses Rechts sich als besonders wirksam erweisen. In allen anderen Konstellationen entfaltet eine Kriminalstrafe die größte Abschreckungswirkung.

Ist die Fehlertoleranz dagegen höher, können eine Geldbuße, Schadensersatz, dispositives Vertragsrecht oder eine handelbare Quantitätsbeschränkung eingesetzt werden. Dispositives Vertragsrecht kommt alleine in solchen Situationen in Betracht, in denen primär der Vertragspartner von den Folgen der unerwünschten Handlung betroffen ist, auch wenn diese negative Effekte für Dritte oder die Allgemeinheit zeitigt. Um die Effektivität des Regulierungsinstruments zu erhalten, ist bei einer formularmäßigen Abbedingung eine Inhaltskontrolle der AGB erforderlich. Handelbare Quantitätsbeschränkungen weisen die Besonderheit auf, dass der Regulierungsadressat zwar grundsätzlich im Ausmaß der unerwünschten Handlung beschränkt wird, aber die Gelegenheit erhält, am Markt Rechte zu erwerben, weitere Handlungen (z. B. den Ausstoß eines Schadstoffs) vornehmen zu dürfen. Durch die Beschränkung der insgesamt verfügbaren Handlungsrechte kann der Staat das Gesamtniveau der betreffenden Handlung begrenzen, ohne dem einzelnen Regulierungsadressaten – wie im Falle einer einfachen Quantitätsbeschränkung – ein individuelles Höchstmaß setzen zu müssen.

Sofern die Vornahme der unerwünschten Handlung einfach verifizierbar ist, bietet sich der Einsatz von Geldbußen, Lenkungssteuern oder vorbeugenden Unterlassungsansprüchen an. Ist die Handlung dagegen typischerweise verborgen, sind Schadensersatzansprüche ggf. mit Beweiserleichterungen hinsichtlich Kausalität und Schadensumfang sowie Kriminalstrafen besser für die Regulierung geeignet.

bb. Nebenwirkungen

Tabelle 12 gibt einen Überblick über mögliche unerwünschte Nebenwirkungen der zur Verhinderung einer Handlung geeigneten Regulierungsinstrumente sowie über mögliche Gegenmaßnahmen.

Tabelle 12: Nebenwirkungen von Regulierungsinstrumenten
(Verhinderung einer Handlung).

<i>Regulierungsinstrument</i>	<i>Art der Nebenwirkung</i>	<i>Mögliche Gegenmaßnahmen</i>
<i>Öffentlich-rechtliches Verbot</i>	<i>Unterlassen der Tätigkeit</i>	<i>Safe-Harbour-Regelungen</i>
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Kollaboration</i>	<i>Organisatorische Vorkehrungen</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Übernahme durch Unternehmen</i>	<i>Beschränkung der Erstattung von Geldbußen durch Unternehmen</i>
<i>Handelbare Quantitätsbeschränkung</i>	<i>Cluster-Effekte</i>	<i>Mindest- und /oder Höchstgrenzen</i>
<i>Lenkungssteuer</i>	<i>Substitut</i>	<i>Ausweitung der Bemessungsgrundlage</i>
<i>Verhaltenszurechnung</i>	<i>Ineffiziente Unternehmensstrukturen</i>	<i>Erweiterung / Begrenzung der Verhaltenszurechnung</i>
<i>Rechtsverlust</i>	<i>Übermäßige Vorsorge</i>	<i>Konkretisierung des Tatbestands</i>
<i>Offenlegungspflicht</i>	<i>Adverser Vertrauensgewinn</i>	<i>Zwingende gesetzlich vorformulierte Warnung mit Offenlegung</i>
<i>Unterlassungsanspruch</i>	<i>Kommerzielle Abmahnungen</i>	<i>Beschränkung der Kosten-erstattungsmöglichkeiten</i>
<i>Dispositives Vertragsrecht</i>	<i>Abwahl deutschen Rechts</i>	<i>Begrenzung der Rechtswahl</i>
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Falsche Verurteilung</i>	<i>Dokumentationspflichten</i>
<i>Herausgabepflicht</i>	<i>Formularmäßig Abbedingung</i>	<i>Zwingendes Recht / Kontrolle vertraglicher Abbedingung</i>
<i>Kriminalstrafe</i>	<i>Überabschreckung</i>	<i>Eingrenzung des Tatbestands</i>

Setzt der Gesetzgeber handelbare Quantitätsbeschränkungen zur Begrenzung des Umfangs einer unerwünschten Tätigkeit ein, sind die konkreten Regulierungswirkungen häufig nur schwer zu prognostizieren. So kann es z.B. zu einer regionalen Cluster-Bildung der unerwünschten Tätigkeit kommen, indem sämtliche Rechte in einer bestimmten Region landen (z.B. bei einer örtlichen

Konzentration bestimmter Industrien), die dadurch ein unverhältnismäßig hohes Ausmaß der unerwünschten Tätigkeit ertragen muss (z. B. des Ausstoßes umweltschädlicher Stoffe). Dieser Gefahr kann durch eine Kombination der Handelbarkeit mit absoluten Mindest- oder Höchstgrenzen begegnet werden, so dass im Ergebnis nur ein bestimmtes Ausmaß an Rechten handelbar ist.

Soll eine Handlung des Regulierungsadressaten durch Auferlegung einer Lenkungssteuer reduziert werden, kann das dazu führen, dass dieser anstelle der besteuerten Handlung eine andere Handlung vornimmt (z. B. statt des besteuerten Schadstoffs andere Abgase produziert), die zu einem ähnlichen Ergebnis führt. Dies ist dann problematisch, wenn die Substitutionshandlung ebenso unerwünscht ist wie die besteuerte Handlung. Eine einfache Abhilfe besteht darin, die Bemessungsgrundlage so auszuweiten, dass auch die Substitutionshandlung mit der Steuer belastet wird.

Beim Einsatz einer Verhaltenszurechnung besteht die Gefahr, dass Wirtschaftsunternehmen sich so umstrukturieren, dass sie dem Zurechnungsstatbestand entgehen, etwa indem sie ausländische Zwischenholdings einschalten, Zweckgesellschaften gründen oder dergleichen. Diese Ausweichreaktion kann einen negativen Effekt auf die Unternehmensorganisation haben, den die Unternehmen aber bei der Gefahr hinreichend einschneidender Sanktionen (so können etwa im unionsrechtlich geprägten Kartell- und Kapitalmarktrecht Bußgelder in Höhe von 15 Prozent des Jahresumsatzes verhängt werden) als geringeres Übel in Kauf nehmen. Dem lässt sich auf doppelte Art und Weise entgegenwirken. Der Gesetzgeber kann entweder die Zurechnungsnormen immer stärker ausweiten, um so jede mögliche Gestaltung zu erfassen, so dass die Unternehmen keinen Anreiz mehr haben, künstliche Konstruktionen zu wählen. Oder die Zurechnung wird auf wenige Fälle beschränkt, die sich durch eine weitreichende Kontrollmöglichkeit über die Einheit, deren Handlungen zugerechnet werden, auszeichnen.

Wird schließlich eine Unterlassungspflicht durch dispositives Recht statuiert und die formularmäßige Abbedingung durch eine strenge AGB-Kontrolle begrenzt, kann dies dazu führen, dass der Regulierungsadressat eine ausländische Rechtsordnung ohne entsprechende Regelungen oder AGB-Kontrolle wählt. Dieser Gefahr kann durch eine Beschränkung der Rechtswahl begegnet werden, so dass die Umgehungsmöglichkeit z. B. auf den geschäftlichen Verkehr begrenzt wird, in welchem der betroffene Geschäftspartner regelmäßig in der Lage sein sollte, seine Interessen hinreichend selbst zu schützen.

cc. Kosten

Tabelle 13 enthält eine Gesamtübersicht über die Kosten der einzelnen Regulierungsinstrumente zur Verhinderung einer Handlung.

Tabelle 13: Kosten von Regulierungsinstrumenten (Verhinderung einer Handlung).

<i>Regulierungs- instrument</i>	<i>Rechtsset- zungskosten</i>	<i>Rechtsdurchset- zungskosten</i>	<i>Rechtsbefol- gungskosten</i>
<i>Öffentlich-rechtliches Verbot</i>	<i>Mittel</i>	<i>Variabel</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Aufsichtsrecht</i>	<i>Mittel</i>	<i>Hoch</i>	<i>Hoch</i>
<i>Geldbuße</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Variabel</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Handelbare Quantitäts- beschränkung</i>	<i>Hoch</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Mittel</i>
<i>Lenkungssteuer</i>	<i>Hoch</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Verhaltenszurechnung</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Rechtsverlust</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Offenlegungspflicht</i>	<i>Hoch</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Unterlassungsanspruch</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Dispositives Vertragsrecht</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Schadensersatz mit Beweiserleichterung</i>	<i>Mittel</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>
<i>Herausgabepflicht</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Niedrig</i>
<i>Kriminalstrafe</i>	<i>Niedrig</i>	<i>Hoch</i>	<i>Niedrig</i>

Der Einsatz einer Lenkungssteuer und einer handelbaren Quantitätsbeschränkung verursacht jeweils hohe Rechtssetzungskosten. Bei beiden Regulierungsinstrumenten ist das gesamte Regulierungsprogramm bereits Teil des Gesetzes. Die gewünschte Regulierungswirkung stellt sich nur ein, wenn bei einer Lenkungssteuer die Bemessungsgrundlage und der Steuersatz so bestimmt sind, dass sie die entsprechende Handlung in dem vom Gesetzgeber gewünschten Ausmaß abschrecken. Bei der Quantitätsbeschränkung ist die absolute Grenze entscheidend für den gesamtgesellschaftlichen Erfolg der Regulierung, die Ausgestaltung der Handelbarkeit für die Belastung einzelner Regulierungsadressaten. Daher müssen die steuerungsrelevanten Faktoren bereits im Stadium der Gesetzgebung sorgfältig und umfassend ermittelt werden. Demgegenüber genügt es bei Einsatz einer Verhaltenszurechnung, lediglich die dogmatische Konstruktion und den Umfang der Zurechnung festzulegen, wodurch nur mittlere Rechtssetzungskosten entstehen. Schließlich ist mit dem Einsatz von dispositivem Vertragsrecht nur ein geringer Rechtssetzungsaufwand verbunden. Je nach Konstellation kann sich der

Gesetzgeber einer Generalklausel bedienen und die Konkretisierung den Zivilgerichten überlassen.

Im Bereich der Rechtsdurchsetzung verursachen alle hier genauer betrachteten Regulierungsinstrumente nur niedrige Kosten. Dies hängt damit zusammen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen im konkreten Einzelfall grundsätzlich einfach zu verifizieren sind, so dass kein großer Ermittlungsaufwand entsteht. Werden privatrechtliche Generalklauseln eingesetzt, muss deren Auslegung zunächst höchstrichterlich konkretisiert werden, was aber nur die Durchführung weniger Revisionsverfahren erfordert, so dass die Gesamtkosten ebenfalls moderat bleiben.

Für die Normadressaten verursacht die Verhaltenszurechnung hohe Compliance-Kosten, da es erforderlich ist, die Handlungen des Regulierungsadressaten zu steuern und zu überwachen. Die konkrete Höhe der Kosten hängt allerdings entscheidend davon ab, ob ohnehin schon eine solche Steuerung vorgenommen wird (so etwa regelmäßig bei Konzernen) oder ob anlässlich der konkreten Regulierung ein Steuerungs- und Überwachungssystem neu etabliert werden muss (z. B. zur Überwachung selbständiger Handelsvertreter). Die Rechtsbefolgungskosten beim Einsatz handelbarer Quantitätsbeschränkungen hängen insbesondere von der Ausgestaltung des Handelssystems ab. Verursacht dieses hohe Transaktionskosten, steigen die Rechtsbefolgungskosten. Die Implementierung und Überwachung der eigentlichen Quantitätsbeschränkung verursacht demgegenüber regelmäßig keine besonderen Compliance-Kosten. Niedrig sind auch die Kosten der Befolgung von Lenkungssteuern und dispositivem Vertragsrecht. Bei einer Steuer muss der Umfang der steuerpflichtigen Tätigkeit dokumentiert und periodisch den Finanzbehörden gemeldet werden. Dies verursacht grundsätzlich geringen Aufwand, der im Einzelfall allerdings stark von der Art der zu dokumentierenden Umstände abhängt. Bei Regelungen des dispositiven Vertragsrechts muss schließlich das eigene Vertragswerk von Zeit zu Zeit der Rechtsprechungsentwicklung angepasst werden.

2. Ein Regulierungsinstrument versus Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente

Der Gesetzgeber, der ein bestimmtes Regulierungsziel verfolgt, steht nicht nur vor der Frage, welches Regulierungsinstrument am besten geeignet ist, sondern muss sich auch überlegen, ob er nur ein einziges Regulierungsinstrument oder eine Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente einsetzen möchte.

Geht es nicht nur um ein einzelnes Regulierungsziel, sondern um ein übergreifendes Regulierungskonzept, das mehrere Regulierungsziele zusammenfasst,³⁹ werden regelmäßig unterschiedliche Regulierungsinstrumente eingesetzt werden (müssen), um die einzelnen Teilziele zu verfolgen. Ein Beispiel ist die so genannte

³⁹ Siehe oben S. 442 ff.

„Energiewende“.⁴⁰ Diese besteht einerseits aus Maßnahmen, die auf den Ausbau erneuerbarer Energien abzielen und vorrangig im EEG (derzeit in der Fassung vom 21.07.2014: EEG 2014) geregelt sind. Das EEG enthält bereits eine Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente, so z. B. den Förderanspruch gemäß § 19 EEG 2014, die Einspeisevergütung gemäß § 37 EEG 2014 und die so genannte EEG-Umlage gemäß §§ 60 f. EEG 2014. Andererseits besteht die Energiewende aus einem Programm zur Förderung der Energieeffizienz. In diesem Rahmen vergibt etwa die KfW Förderkredite für effizientes Bauen und es besteht die Möglichkeit zu einer Vor-Ort-Beratung.⁴¹ Damit die energetische Modernisierung nicht am Widerstand der Mieter scheitert, hat der Gesetzgeber als ergänzende Regulierung mit §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1, 555d Abs. 1 BGB eine Duldungspflicht des Mieters nebst dreimonatigem Ausschluss der Mietminderung eingeführt. Eine solche Kombination von Regulierungsinstrumenten im Rahmen eines übergreifenden Regulierungskonzepts ist Ausdruck einer Regulierungsstrategie.⁴² Dabei stehen weniger die regulatorischen Fragen der Umsetzung als die politische Zielsetzung des übergreifenden Regulierungskonzepts – z. B. „Wer soll in welchem Umfang mit den erhöhten Kosten erneuerbarer Energien belastet werden?“, „Sollen die Mieter an den Kosten energetischer Modernisierungen beteiligt werden?“ – im Mittelpunkt. Erst wenn die politischen Zielsetzungen geklärt sind, stellt sich die Frage, welche Regulierungsinstrumente sich zur Umsetzung der einzelnen Regulierungsziele eignen, so dass im Ergebnis mehrere Regulierungsinstrumente zur Verfolgung der einzelnen Teilziele eingesetzt werden, die im Rahmen des übergreifenden Regulierungskonzepts zusammenwirken.

Die Frage der Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente stellt sich aber auch im Rahmen der technischen Umsetzung, wenn es um die Erreichung eines einzelnen vordefinierten Regulierungsziels geht. In diesem Sinne wird im Folgenden untersucht,⁴³ nach welchen regulatorischen Kriterien der Gesetzgeber entscheiden sollte, ob er mehrere Regulierungsinstrumente zur Verfolgung desselben Regulierungsziels kombiniert oder auf ein einzelnes Regulierungsinstrument setzt (dazu unter a.). Daneben muss der Gesetzgeber stets bedenken, dass die Gerichte die Wertungen eines Regulierungsinstruments in andere Rechtsbereiche übertragen und auf diese Weise selbständig zusätzliche Regulierungsinstrumente schaffen können (dazu unter b.).

⁴⁰ Siehe dazu im Überblick die Informationsseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie <http://www.erneuerbare-energien.de>.

⁴¹ Siehe Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Richtlinie über die Förderung der Energieberatung in Wohngebäuden vor Ort – Vor-Ort-Beratung vom 29.10.2014, BAnz AT 12.11.2014 B2.

⁴² Siehe dazu ausführlich oben S. 516 ff.

⁴³ Zur Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente im Rahmen einer Regulierungsstrategie siehe unten S. 636 ff.

a. Kriterien zur Kombination von Regulierungsinstrumenten

Der theoretische Rahmen für die Beantwortung der Frage, wann der Gesetzgeber nur eines, wann mehrere Regulierungsinstrumente verwenden sollte, ist einfach: Die Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente bietet sich aus gesetzgeberischer Sicht an, wenn die dadurch zu erzielende Verbesserung der Regulierungswirkung auch in Anbetracht der zu erwartenden zusätzlichen Kosten politisch vorzugswürdig erscheint.⁴⁴ Es muss daher untersucht werden, welche Auswirkungen die Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente auf die Regulierungswirkung und auf die Kosten der Regulierung hat.

aa. Folgen für die Regulierungswirkung

Die Regulierungswirkung setzt sich zusammen aus der Zielgenauigkeit und den unerwünschten Nebenwirkungen eines Regulierungsinstruments. Die Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente ist vorteilhaft, wenn zu erwarten ist, dass dadurch die Regulierungswirkung insgesamt gestärkt wird, d.h. dass die Zielgenauigkeit steigt und/oder unerwünschte Nebenwirkungen nachlassen. Ist hingegen bei Hinzunahme eines weiteren Regulierungsinstruments ein Verlust an Regulierungswirkung, also eine Einbuße an Zielgenauigkeit und/oder eine Zunahme unerwünschter Nebenwirkungen, zu erwarten, sollte nur ein einzelnes Regulierungsinstrument eingesetzt werden.

Der Vergleich der Regulierungswirkung unterschiedlicher Regulierungsinstrumente bzw. unterschiedlicher Kombinationen von Regulierungsinstrumenten kann nicht abstrakt erfolgen. Maßgeblich sind erneut die einzelnen Variablen des gesetzgeberischen Regulierungsziels, wie sie oben für die vier Grundfälle „Herbeiführung eines Erfolgs“, „Verhinderung eines Erfolgs“, „Herbeiführung einer Handlung“ und „Verhinderung einer Handlung“ konkretisiert wurden.⁴⁵ Möchte der Gesetzgeber z. B. einen spezifischen Erfolg herbeiführen, dessen Eintritt schwer zu verifizieren ist, und legt er gleichzeitig auf eine hohe Rechtsbefolgungsquote Wert (soll z. B. erreicht werden, dass die Innenteile einer Maschine, die nach Fertigstellung nicht mehr zugänglich sind, ausschließlich aus einem bestimmten hochwertigen Werkstoff bestehen), existiert kein Regulierungsinstrument, das bei dieser Variablenkombination (konkreter Erfolg; niedrige Fehlertoleranz; schwere Verifizierbarkeit) alleine zur Zielerreichung geeignet ist.⁴⁶ Ein öf-

⁴⁴ Aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts ist die Kombination vorzugswürdig, wenn dadurch die soziale Wohlfahrt gefördert wird, d.h. dass die zusätzlichen sozialen Kosten geringer sind als der soziale Gewinn (z.B. in Form geringerer Unfallkosten) durch das höhere Maß an Rechtsbefolgung; vgl. *Shavell*, *Foundations of Economic Analysis of Law* (2004), S. 182 f. (zur Kombination von Schädigerhaftung und Mitverschuldenseinwand). Diesem Maßstab kommt aber kein besonderes rechtliches Gewicht zu; vielmehr muss der Gesetzgeber im Einzelfall die Vorteile und Kosten abwägen und eine politische Entscheidung treffen. Dabei steht es ihm frei, sich am Kriterium der sozialen Wohlfahrt zu orientieren.

⁴⁵ Oben S. 565 ff.

⁴⁶ Dies trifft nur zu, wenn der Gesetzgeber auf die Erfüllung aller Variablen gleichen Wert

fentlich-rechtliches Gebot – etwa in einem Gerätesicherheitsgesetz – kann zwar die technischen Anforderungen unzweideutig festlegen. Dadurch kann aber nicht verhindert werden, dass die Vorschrift vielfach verletzt wird, und die Sicherheitsvorschrift mildert auch nicht das Problem, dass Rechtsverstöße nur schwierig festzustellen sind. In einer solchen Konstellation ist es deshalb sinnvoll, mehrere Regulierungsinstrumente zu kombinieren, so dass die endgültige Kombination geeignet ist, *alle* vom Gesetzgeber für relevant erachteten Zielvariablen zu erreichen. Im Beispiel wäre es etwa zweckmäßig, den Produktsicherheitsstandard durch eine privatrechtliche Haftung und/oder eine Kriminalstrafe zu ergänzen.

Sofern zwei oder mehrere Regulierungsinstrumente ausschließlich oder vorrangig geeignet sind, dieselbe Variable zu maximieren, geht von einer Kombination nicht notwendigerweise eine Verbesserung der Regulierungswirkung aus. Dies hängt damit zusammen, dass unterschiedliche Regulierungsinstrumente regelmäßig von verschiedenen Rechtsdurchsetzungsinstanzen durchgesetzt werden, z. B. einerseits von Zivilgerichten, andererseits von Behörden und Verwaltungsgerichten. Definieren die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente den regulierungsrelevanten Tatbestand jeweils selbständig, wird häufig die konkrete Rechtsanwendung zwischen den unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsinstanzen erheblich variieren. Das ist dann problematisch, wenn die Unterschiede nicht nur abweichenden Verfahrensordnungen und Beweismöglichkeiten geschuldet sind (so kann z. B. der Kläger in einem Zivilprozess am Nachweis des Verschuldens scheitern, während vor einem Verwaltungs- oder Strafgericht durch die Möglichkeiten der Amtsermittlung der Beweis gelingt), sondern auf einer unterschiedlichen rechtlichen Wertung des gleichen Vorgangs beruhen. Gehen z. B. die Zivilgerichte davon aus, dass bei einem Rechtsverstoß aus Schadensminderungsgründen eine bestimmte Abhilfehandlung geboten ist, und verbietet die zuständige Aufsichtsbehörde genau die entsprechende Handlung,⁴⁷ entsteht für den Regulierungsadressaten eine dysfunktionale Pattsituation. Zudem können Entscheidungen in einem Rechtsgebiet andere Regulierungsinstrumente determinieren, wenn z. B. eine Art „negative Akzessorietät“ besteht.⁴⁸ Als Gegenmaßnahme

legt. Denn wie bereits erwähnt (vgl. oben S. 568, Fn. 10), fällt jedes Regulierungsinstrument bei jeder Variable in eine bestimmte Kategorie. Hat der Gesetzgeber etwa bei der Fehlertoleranz keine besondere Priorität, erweitert sich damit der Kreis der Regulierungsinstrumente, die alleine die Erreichung des Regulierungsziels sicherstellen können.

⁴⁷ Ein solcher Konflikt besteht etwa im Recht der öffentlichen Unternehmensübernahmen. Dort geht die privatrechtliche Literatur einhellig davon aus, dass der Bieter verpflichtet ist, bei neuen Entwicklungen die Angebotsunterlage zu aktualisieren, um einer privatrechtlichen Schadensersatzhaftung gemäß § 12 WpÜG zu entgehen. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht sieht aber derartige Aktualisierungen als einen Verstoß gegen die verwaltungsrechtlichen Vorgaben an und geht dagegen aufsichtsrechtlich vor; ausführlich *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 280 f. m. w. N.

⁴⁸ Vgl. *Seibt/Schwarz*, AG 2010, 301, 304 (eine Handlung des Vorstands kann keine strafrechtliche Untreue zulasten einer Aktiengesellschaft darstellen, wenn sie nach aktienrechtlichen Vorschriften erlaubt ist). Siehe auch allgemein zur „strafrechtsgestaltenden Kraft des Zivilrechts“ *U. Weber*, in: FS Baur (1981), S. 133 ff.

bietet es sich an, über die Rechtsdurchsetzungsinstanzen hinweg einheitliche Tatbestände zu definieren. Dies kann insbesondere durch Verweisungen geschehen (im Privatrecht etwa §§ 134, 823 Abs. 2 BGB, im Strafrecht durch so genannte Blanketttatbestände, im Verwaltungsrecht durch abwehrrechtliche Generalklauseln), die an die Verletzung anderer Vorschriften anknüpfen.

Die Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente zur Verfolgung derselben Variablen birgt zudem die Gefahr, dass die Präzision der Zielerreichung nachlässt. Denn die meisten Regulierungsinstrumente verfolgen mehr als ein einzelnes Ziel, so dass in der Rechtsanwendung ein Ausgleich zwischen konkurrierenden Zielen gefunden werden muss.⁴⁹ Mit der Zahl der Regulierungsinstrumente steigt auch die Zahl konkurrierender Ziele/Werte, so dass das einzelne Regulierungsziel immer seltener die Rechtsanwendung determiniert.

Werden mehrere Regulierungsinstrumente kombiniert, erhöhen sich häufig auch die unerwünschten Nebenwirkungen. Sofern die möglichen Nebenwirkungen der einzelnen Regulierungsinstrumente unkorreliert sind (trifft etwa eine mögliche formelle Handhabung einer Vertragsinhaltskontrolle durch die Zivilgerichte mit der Möglichkeit einer Übernahme von Geldbußen durch Unternehmen zusammen), droht schlimmstenfalls eine Addition der Nebenwirkungen. Regelmäßig wird die Kombination der Regulierungsinstrumente aber dazu führen, dass im konkreten Einzelfall nur eines der Regulierungsinstrumente zur Anwendung kommt, so dass auch nur dessen Nebenwirkungen relevant sind. Wird etwa eine bestimmte Preispolitik von Unternehmen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen und das Unternehmen und seine Organwalter mit einer Geldbuße belegt, kann allein dies zu einer Änderung der beanstandeten Regelungen führen, so dass sich eine zivilgerichtliche Inhaltskontrolle der Verträge erübrigt. Gehen dagegen die Nebenwirkungen in dieselbe Richtung, kann die Kombination der Regulierungsinstrumente dazu führen, dass die Regulierung insgesamt dysfunktional wird, z. B. wenn die Gefahr einer Reduzierung einer sozial erwünschten Tätigkeit mit der Gefahr einer Überabschreckung kombiniert wird. Wird etwa die Verwendung embryonaler Stammzellen in der medizinischen Forschung verboten oder nur in strengen Grenzen zugelassen und wird ein Verstoß gegen diese Regeln strafrechtlich sanktioniert, kann dies dazu führen, dass führende Forscher in ein anderes Land wechseln oder insgesamt weniger Forschung in den entsprechenden Bereichen betrieben wird. Daneben gibt es schließlich auch Konstellationen, in denen die Hinzunahme eines Regulierungsinstruments die unerwünschten Nebenwirkungen eines anderen Regulierungsinstruments aufhebt. Ist es z. B. besonders kostenaufwändig, eine bestimmte Arbeitssicherheitsmaßnahme zu etablieren, kann eine entsprechende Pflicht zu einer Verteuerung der entsprechenden Leistung führen. Machen aber staatliche Auftraggeber die Befolgung des Standards zur Bedingung von Ausschreibungen und zahlen dafür einen entsprechend höheren Preis, wird der Nachteil (aus Sicht

⁴⁹ Vgl. Katz, 39 J. Leg. Stud. 1 (2010).

des Regulierungsadressaten) durch diese „Subventionierung“ teilweise wieder aufgehoben.

bb. Folgen für die Kosten

Die Auswirkungen der Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente auf die Kosten variieren zwischen den einzelnen Kostenpositionen.

Im Bereich der Rechtssetzungskosten müssen die Kosten der einzelnen Regulierungsinstrumente grundsätzlich addiert werden. Sollen etwa aufsichtsrechtliche Instrumente mit einem Schadensersatzanspruch kombiniert werden, so überschneiden sich die Rechtsvorschriften nur marginal. Im Grundsatz muss jedes Instrument einzeln entworfen werden. Die Kombination kann sogar eine Erhöhung der Kosten bewirken, wenn es erforderlich ist, die Regulierungsinstrumente bereits auf Gesetzesebene aufeinander abzustimmen.

Die Folgen einer Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente für die Rechtsdurchsetzungskosten hängen davon ab, in welcher Weise die kombinierten Regulierungsinstrumente in der praktischen Rechtsdurchsetzung interagieren. Kommt es zu einer Aufteilung der Rechtsdurchsetzungsanstrengungen – z. B. zwischen einer Aufsichtsbehörde, die die laufende Überwachung übernimmt und einfache Rechtsverstöße sanktioniert, und der Staatsanwaltschaft, die ausschließlich schwerere Ordnungswidrigkeiten und Straftaten verfolgt –, fallen lediglich Rechtsdurchsetzungskosten im Umfang der jeweiligen Rechtsdurchsetzungsaktivitäten an. Dabei ergeben sich Synergieeffekte, wenn eine Rechtsdurchsetzungsinstanz (etwa die Aufsichtsbehörde) durch die zusätzliche Rechtsdurchsetzung (im Beispiel durch die Staatsanwaltschaft) entlastet wird, so dass die Gesamtkosten der Rechtsdurchsetzung geringer sind als die addierten Kosten der jeweils einzeln eingesetzten Regulierungsinstrumente.

Dagegen kommt es zu einer Kostenvermehrung, wenn unterschiedliche Regulierungsinstrumente eingesetzt werden, um dieselben Rechtsverstöße zu verfolgen, etwa aufsichtsrechtliche Untersuchungen und privatrechtliche Schadensersatzansprüche. Solche zusätzlichen Kosten sind allerdings nur dann problematisch, wenn dadurch nicht in gleichem Maße eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzung erreicht wird.⁵⁰ Dazu kann es etwa kommen, wenn es sich um redundante Ausgaben zur Ermittlung desselben Geschehensablaufs handelt. Das Ausmaß einer solchen Kostenvermehrung kann der Gesetzgeber allerdings gezielt beeinflussen, indem er etwa privaten Klägern ein Akteneinsichtsrecht in behördliche oder strafrechtliche Ermittlungsakten gewährt und sie damit davor bewahrt, doppelte Rechtsdurchsetzungskosten aufwenden zu müssen. Andersherum können staatliche Rechtsdurchsetzer Zivilprozesse zum Anlass für Rechtsdurchsetzungsaktivitäten nehmen.

⁵⁰ Siehe in diesem Zusammenhang etwa das Modell von *Miceli/Stone*, 39 Int'l Rev. L. & Econ. 49 (2014).

Regelmäßig wird der Wechsel von einem auf zwei Regulierungsinstrumente zur Verfolgung desselben Regulierungsziels die größten Kostenfolgen zeitigen. Werden hingegen ein drittes und viertes Regulierungsinstrument hinzugefügt, nehmen die dadurch verursachten zusätzlichen Rechtsdurchsetzungskosten tendenziell ab. Je mehr Instrumente parallel existieren, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit einer Kooperation oder gegenseitigen Befruchtung. Dies gilt insbesondere im privatrechtlichen Bereich: Wird etwa eine vertragliche Inhaltskontrolle mit einem Schadensersatzanspruch und einem Herausgabeanspruch kombiniert, können diese Regulierungsmittel – sofern im Einzelfall die Tatbestandsvoraussetzungen gleichzeitig vorliegen können – regelmäßig im Rahmen desselben Zivilprozesses geltend gemacht werden. Aber auch die Erweiterung behördlicher Rechtsdurchsetzungsinstrumente – etwa die Einführung einer öffentlich-rechtlichen Vorteilsabschöpfung ergänzend zu Geldbußen und Straftatbeständen – verursacht bei einer Vielzahl von Regulierungsinstrumenten nur noch marginale zusätzliche Rechtsdurchsetzungskosten.

Die Auswirkungen der Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente auf die Rechtsbefolgungskosten hängen wesentlich davon ab, welche Regulierungsinstrumente konkret kombiniert werden. Sind die Compliance-Anforderungen der unterschiedlichen Regulierungsinstrumente korreliert, ist die Kostensteigerung moderat, sind sie unkorreliert, kann es zu erheblichen Zusatzkosten kommen. Bestehen z. B. in einem Bereich bislang einige öffentlich-rechtliche Ge- und Verbote, die niedrige Rechtsbefolgungskosten verursachen, weil die betroffenen Unternehmen sie einfach im Wege interner Weisungen in den relevanten Unternehmensbereichen implementieren können, und wird nun zusätzlich eine Aufsichtsbehörde eingesetzt, die den gesamten Prozess begleiten und ggf. steuernd eingreifen soll, vervielfachen sich die Rechtsbefolgungskosten, da nun ganz neue und flexible unternehmensinterne Kommunikations- und Abstimmungsprozesse eingeführt werden müssen. Wird hingegen ein öffentlich-rechtliches Verbot durch einen privatrechtlichen Unterlassungsanspruch ergänzt, entstehen keine zusätzlichen Rechtsbefolgungskosten. Sofern also Regulierungsinstrumente mit einem ähnlichen Niveau an Rechtsbefolgungskosten und vor allem vergleichbaren tatsächlichen Auswirkungen kombiniert werden, führt die Kombination zu keiner zusätzlichen Kostenbelastung, selbst wenn sich dadurch das Niveau der Rechtsbefolgung signifikant steigern lässt. Werden andererseits kostenintensive, aber unkorrelierte Regulierungsinstrumente kombiniert (z. B. Verhaltenszurechnung zu einer Muttergesellschaft und Rechtsverlust als Sanktion bei Rechtsverstoßen), kommt es zu einer erheblichen Kostensteigerung, ohne dass damit zugleich ein Zuwachs an Regulierungswirkung gesichert ist.

cc. Zwischenfazit zur Kombination von Regulierungsinstrumenten

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass mehrere Regulierungsinstrumente zur Verfolgung desselben Regulierungsziels kombiniert werden sollten, wenn sich (a) nur durch die Kombination verschiedene gesetzgeberische Zielvariablen

gleichzeitig verfolgen lassen; (b) ein Regulierungsinstrument die unerwünschten Nebenwirkungen anderer Regulierungsinstrumente abmildert oder die jeweiligen Nebenwirkungen jedenfalls unkorreliert sind; (c) die unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsinstanzen kooperieren können; und (d) die Compliance-Anforderungen der unterschiedlichen Regulierungsinstrumente korreliert sind. Liegt weder die Voraussetzung (a) noch die Voraussetzung (b) vor, sollte lediglich ein einzelnes Regulierungsinstrument eingesetzt werden, weil dann die Kombination keine Verbesserung der Regulierungswirkung verspricht. Sind hingegen – wie in der Realität häufig der Fall – die Voraussetzungen (a) und/oder (b) gegeben, andere aber nicht, muss der Gesetzgeber eine Wertungsentscheidung treffen. Insbesondere bei niedriger Fehlertoleranz wird eine Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente häufig Vorteile bieten, die die zusätzlichen Kosten aus Sicht des Gesetzgebers aufwiegen.

b. Gesetzgebung und selbständige Regulierung durch die Gerichte

Eine Kombination von Regulierungsinstrumenten kann aber nicht nur der Gesetzgeber vornehmen; vielmehr enthält die Rechtsordnung eine Vielzahl an Einfallstoren, durch welche die Gerichte Impulse des Gesetzgebers für eine selbständige Regulierung aufnehmen können. Im Privatrecht ist hier insbesondere an §§ 134, 823 Abs. 2 BGB zu denken, deren Funktion gerade darin besteht, den Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Gesetzesnormen privatrechtlich zu sanktionieren.⁵¹ In gleicher Weise wirken die polizeirechtlichen Generalklauseln, die die Polizei bei Verstößen gegen die „öffentliche Sicherheit“ zum Eingreifen ermächtigen. Dabei wird öffentliche Sicherheit als „die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Bestandes des Staates und der Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen und Veranstaltungen“ definiert,⁵² so dass auch privatrechtliche Rechtspositionen polizeirechtlich durchgesetzt werden können. Im Strafrecht erfüllt insbesondere die Untreue eine ähnliche Funktion, indem etwa Verstöße gegen aktienrechtliche Verhaltenspflichten als Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden.⁵³ Bei all diesen Normen handelt es sich um generalisierte Kombinationen von Regulierungsinstrumenten.

Aus Sicht des Gesetzgebers haben solche generalisierten Kombinationen den Vorteil, dass er nicht für jede öffentlich-rechtliche Norm, die auch dem Interesse Einzelner dienen soll, eine eigenständige Schadensersatzvorschrift oder einen privatrechtlichen Unwirksamkeitsgrund erlassen muss. Dies senkt die Rechtssetzungskosten beträchtlich. Da das Regulierungsziel zudem unverändert übernommen wird, sollten solche zusätzlichen Regulierungsinstrumente grund-

⁵¹ Vgl. *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft (1983), S. 19 (zu § 134 BGB).

⁵² Siehe nur *Waechter*, NVwZ 1997, 729, 733 m. w. N.

⁵³ Siehe z. B. BGHSt 50, 331 (Mannesmann). Siehe auch *Seibt / Schwarz*, AG 2010, 301 ff.

sätzlich auch die Zielgenauigkeit der Regulierung erhöhen. Allerdings können dadurch unerwünschte Nebenwirkungen sowie zusätzliche Rechtsbefolgungskosten (z.B. in Form von Dokumentationsaufwand, um in einem Schadenersatzprozess einen ggf. erforderlichen Entlastungsbeweis führen zu können) entstehen. Der Gesetzgeber muss daher bereits ex ante abwägen, ob er diese Kombination an Regulierungsinstrumenten möchte. Erkennt der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass die Gerichte weitere Regulierungsinstrumente zur Durchsetzung eines Regulierungsziels einsetzen könnten, kann er dies durch eine gesetzliche Regelung (siehe z.B. § 120 Abs. 4 S. 3 AktG; § 15 Abs. 6 S. 1 WpHG) oder einen Hinweis in der Gesetzesbegründung ausschließen. Andersherum kann er die Regelung aber auch so ausgestalten, dass etwa eine deliktsrechtliche Haftung selbst dann eingreift, wenn die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen für eine Schutzgesetzzeigenschaft i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB eigentlich (noch) nicht gegeben wären (siehe z.B. § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG). Häufig wird der Gesetzgeber die Implikationen einer regulierenden Norm für weitere Regulierungsinstrumente aber übersehen, so dass es zu einer ungewollten Kombination mehrerer Regulierungsinstrumente kommt.

Ein ähnliches Problem tritt auf, wenn die Gerichte regulatorische Rechtsfortbildung betreiben. Zwar ist grundsätzlich eine vom Gesetzgeber ungewollte Regelungslücke Voraussetzung jeglicher Rechtsfortbildung,⁵⁴ allerdings obliegt die Beantwortung der Frage, ob der Gesetzgeber eine Lücke bewusst in Kauf genommen hat oder nicht, den Gerichten und nicht dem Gesetzgeber. Missbilligt der Gesetzgeber eine richterliche Rechtsfortbildung, die die gesetzlich vorgesehenen Regulierungsinstrumente um weitere Instrumente ergänzt, muss er eine Reform des betreffenden Rechtsgebiets vornehmen, ggf. verbunden mit einer Nichtanwendungsregel (siehe z.B. § 30 Abs. 1 S. 3 GmbHG, der eine durch die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung vorgenommene Analogie ausdrücklich verbietet). Eine solche Änderung wirkt aber grundsätzlich nur für zukünftige Fälle.⁵⁵

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Wahl von Regulierungsinstrumenten

Bislang wurde lediglich unter Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten untersucht, welche Regulierungsinstrumente bei der Verfolgung eines vorgegebenen Regulierungsziels welche relativen Vor- und Nachteile aufweisen. Die grundsätzliche Freiheit des Gesetzgebers, Regulierungsinstrumente allein nach solchen Zweckmäßigkeitserwägungen auszuwählen, stößt aber dort auf verfassungsrechtliche Grenzen, wo die Regulierung aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben geboten

⁵⁴ Siehe nur *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 187.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 135, 1, 18 (auch eine „rückwirkende Klarstellung“ in einer Gesetzesbegründung ist nur in den durch das Rückwirkungsverbot vorgegebenen Grenzen zulässig).

ist oder der Gesetzgeber zur Verfolgung des Regulierungsziels in Grundrechte eingreift.

Der erste Fall betrifft insbesondere Vorgaben durch das verfassungsrechtliche Untermaßverbot.⁵⁶ In diesen Konstellationen, in denen eine verfassungsrechtliche Pflicht besteht, zum Schutz eines Grundrechts regulierend tätig zu werden, verlangt das BVerfG, dass der Gesetzgeber „der Wahl und Ausgestaltung seines Schutzkonzepts die verfassungsrechtlich tragfähige Einschätzung zugrunde leg[t], daß er mit ihm [die Erreichung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziels] so gewährleisten werde, wie es das Untermaßverbot verlangt“.⁵⁷ Aufgrund dessen ist noch kein bestimmtes Regulierungsinstrument zwingend vorgeschrieben, vielmehr ist nach der Rechtsprechung des BVerfG „[e]ntscheidend [...], ob die Gesamtheit der [der Erreichung des verfassungsrechtlich vorgegebenen Ziels] dienenden Maßnahmen, seien sie bürgerlich-rechtlicher, öffentlichrechtlicher, insbesondere sozialrechtlicher oder strafrechtlicher Natur, einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleisten“.⁵⁸ Damit kommt in Fällen, in denen das Untermaßverbot ein gesetzgeberisches Handeln erfordert, der Zielgenauigkeit und in deren Rahmen insbesondere der niedrigen Fehlertoleranz die entscheidende Bedeutung zu. Kann diese im Einzelfall nur mit Mitteln des Strafrechts verwirklicht werden, ist dessen Einsatz verfassungsrechtlich geboten.⁵⁹

Sehr viel häufiger und verfassungsrechtlich schwieriger ist aber die zweite Fallgruppe, in der der Gesetzgeber durch die Regulierung in Grundrechte eingreift. Da Regulierung als rechtliche Verhaltenssteuerung stets zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit des Regulierungsadressaten oder des Normadressaten berührt,⁶⁰ muss sie die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Grundrechtseingriffe erfüllen. Derartige Anforderungen ergeben sich insbesondere aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Während die Prüfung der „Geeignetheit“ nach einer Mittel-Zweck-Relation fragt, nämlich danach, ob sich das vom Gesetzgeber gewählte Mittel dazu eignet, den angestrebten Zweck zu fördern,⁶¹ verlangt die Erforderlichkeitsprüfung einen „Mittel-Mittel“-Vergleich,⁶² betrifft also die Frage, welches oder welche von mehreren Regulierungsinstrumenten der Gesetzgeber von Verfassungen wegen wählen darf bzw. muss.⁶³

⁵⁶ Siehe zu diesem oben S. 316 f.

⁵⁷ BVerfGE 88, 203, 262.

⁵⁸ BVerfGE 39, 1, 46.

⁵⁹ Vgl. BVerfGE 39, 1, 46 f.

⁶⁰ Zu den einschlägigen Grundrechten bei der Regulierung mittels Privatrecht siehe bereits oben S. 289 ff.

⁶¹ Ausführlich dazu oben S. 304 f.

⁶² *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 74.

⁶³ In der Entscheidung BVerfGE 64, 72, 85 hat das BVerfG formuliert, aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes bestehe kein verfassungsrechtliches Gebot für den Gesetzgeber, „eine gänzlich andere Lösung“ zu wählen. Damit hat das Gericht aber nicht die Pflicht zum Vergleich unterschiedlicher Regulierungsinstrumente ausgeschlossen. Vielmehr ging es im konkreten

Zur Beantwortung der Frage, welches Regulierungsinstrument verfassungsrechtlich geboten ist, hat das BVerfG teilweise absolute Regeln angewandt – so z. B. ausgedrückt in dem „Leitgedanke[n] des Vorranges der Prävention vor der Repression“.⁶⁴ Grundsätzlich bestimmt das Gericht die Erforderlichkeit – und damit die generellen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Wahl von Regulierungsinstrumenten – aber danach, ob „der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können“.⁶⁵ Damit gibt der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dem Gesetzgeber einen doppelten Instrumentenvergleich auf:⁶⁶ Das gewählte Regulierungsinstrument muss im Vergleich zu alternativen Instrumenten einerseits „gleich wirksam“ sein, andererseits dürfen alternative, gleich wirksame Instrumente nicht das Grundrecht (und ggf. weitere Interessen) gar nicht oder weniger stark einschränken, sie dürfen also nicht „milder“ sein.

Hinsichtlich dieses doppelten Instrumentenvergleichs müssen zwei Fragenkreise unterschieden werden. So muss einerseits geklärt werden, nach welchen Vergleichskriterien die beiden genannten Vergleiche vorzunehmen sind. Diese Frage steht im Vordergrund und dominiert die verfassungsrechtliche Diskussion, weil sie Ausdruck der materiell-verfassungsrechtlichen Bindungen ist, denen der Gesetzgeber unterliegt. Durch diese Fokussierung ist aber eine zweite Frage in den Hintergrund getreten. Andererseits ist nämlich zu untersuchen, welche Regulierungsinstrumente überhaupt als Alternative(n) in den Wirksamkeitsvergleich einzustellen sind.⁶⁷ Aus der Sicht des Gesetzgebers kommt dieser Frage eine entscheidende Bedeutung zu: Muss er lediglich ein oder zwei alternative Regulierungsinstrumente in Betracht ziehen, ist seine politische Freiheit bei der Instrumentenwahl – unabhängig vom Inhalt der Vergleichskriterien – kaum rechtlich beschränkt. Verlangt die Verfassung dagegen einen umfassenden Instrumentenvergleich, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass das vom Gesetzgeber favorisierte Regulierungsinstrument den verfassungsrechtlichen Anforde-

Fall um einen (teilweisen) Verzicht auf die Regulierung als solche, also eine Infragestellung des Regulierungsziels. Eine solche ist aufgrund des Erforderlichkeitsgrundsatzes tatsächlich nicht geboten, wohl aber die Wahl des mildesten gleich wirksamen Regulierungsinstruments zur Erreichung des Ziels.

⁶⁴ BVerfGE 30, 336, 350; 39, 1, 44. Kritisch zu dieser Unterscheidung oben S. 461.

⁶⁵ BVerfGE 25, 1, 18; 30, 292, 316; 63, 88, 115; 67, 157, 176; 90, 145, 172.

⁶⁶ Anders offenbar Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 113, der nur von einem einzigen Vergleich ausgeht und daran kritisiert, „dass Steuerungsinstrumente praktisch nie in einem Plus-Minus-Verhältnis stehen“.

⁶⁷ Die Vergleichsalternativen zur Ermittlung des milderen Mittels ergeben sich aus dem Ergebnis des Wirksamkeitsvergleichs. Zu kurz greift deshalb M. C. Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1985), S. 66, der den Kreis der zu vergleichenden Instrumente durch die „Geeignetheit“ begrenzen will. Denn die Frage der Geeignetheit bzw. der Gleichwirksamkeit ist bereits Gegenstand des ersten Vergleichs. Dieser klärt zwar die Frage, welche Instrument mit Blick auf ihre Milde zu vergleichen sind, löst aber nicht das Problem, mit welchen Vergleichsalternativen der erste Vergleich, der Wirksamkeitsvergleich, durchzuführen ist.

rungen nicht standhält, so dass entweder ein anderes Regulierungsinstrument gewählt oder ganz auf die Verfolgung des Regulierungsziels verzichtet werden muss. Deshalb soll zunächst vorab untersucht werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Auswahl der Vergleichsalternativen bestehen, ehe sodann die Vergleichskriterien analysiert werden.⁶⁸

1. Auswahl der zu vergleichenden Regulierungsinstrumente

Das BVerfG hat bislang wenig zur Klärung der Frage beigetragen, nach welchen Maßstäben die Vergleichsinstrumente auszuwählen sind. Dies liegt daran, dass das Gericht lediglich aus einer ex post-Perspektive überprüft, ob das vom Gesetzgeber schlussendlich gewählte Regulierungsinstrument den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügt. Um dies zu untersuchen, entscheidet das BVerfG auf ad hoc-Basis, welche alternativen Regulierungsinstrumente es dem Vergleich zugrunde legt. Dabei gibt das Gericht keine systematische Begründung für die Wahl der verglichenen Regulierungsinstrumente, sondern führt lediglich aus, es könne „sich darauf beschränken, die von den Beschwerdeführern aufgezeigten und die sonst in Fachkreisen diskutierten Alternativen“ als Vergleichsgrundlage heranzuziehen.⁶⁹

Warum sich das BVerfG so beschränken kann und ob es das auch muss oder den Kreis der Vergleichsinstrumente im Einzelfall weiter ziehen dürfte, wird nicht erörtert. Dies mag man zunächst mit einem gewissen Pragmatismus rechtfertigen, zumal das Gericht so von Fall zu Fall die Vergleichsgrundlage weiterentwickeln kann.⁷⁰ Versetzt man sich dagegen in die ex ante-Situation des Gesetzgebers, der ein verfassungskonformes Regulierungsinstrument verwenden möchte, wird deutlich, wie problematisch diese Herangehensweise ist. Letztlich stellt das BVerfG damit die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Teil der „dirigierenden Verfassung“⁷¹ selbst in Frage. Denn für den Gesetzgeber lässt sich kaum antizipieren, welche alternativen Regulierungsinstrumente ein möglicher Beschwerdeführer oder ein vorlegendes Gericht im Verfassungsgerichtsprozess einmal ins Spiel bringen mag.⁷² Dies zeigt, dass es – entgegen der Aussage des BVerfG – nicht auf die zufällig durch Prozessbeteiligte oder Fachvertreter ins Spiel gebrachten Alternativen ankommen kann, sondern dass es *normative* Maßstäbe geben muss, die die Auswahl der zu vergleichenden Regulierungsinstrumente determinieren. Ansonsten wäre der verfassungsrichterlichen Willkür

⁶⁸ Die Untersuchung beschränkt sich dabei auf die Wahl zwischen einzelnen Regulierungsinstrumenten. Zu den Vorgaben des Erforderlichkeitsgrundsatzes bei der Kumulation von Regulierungsinstrumenten siehe *Klement*, AöR 134 (2009), 35, 66–70.

⁶⁹ BVerfGE 40, 196, 223; 77, 84, 109.

⁷⁰ Siehe auch *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), S. 210: Es sei Sache des BVerfG und nicht des Gesetzgebers, nach einer möglichen und schonenden Alternative zu suchen.

⁷¹ Vgl. *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 61–81.

⁷² Anders offenbar *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 77 f.

Tür und Tor geöffnet. Würde man die zitierte Aussage zur Wahl des Vergleichsmaßstabs wörtlich nehmen, hinge die Verfassungsgemäßheit eines Gesetzes z. B. davon ab, ob jemand in einer Fachzeitschrift einen bestimmten alternativen Regelungsvorschlag unterbreitet hat oder nicht.

Normativer Maßstab für eine Bestimmung der Vergleichsgrundlage muss auf der einen Seite die Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und insbesondere der Erforderlichkeitsprüfung sein. Diese dient dazu, in Fortsetzung des Schädigungsverbots den Staat zu verpflichten, in solchen Fällen, in denen die Verfolgung eines legitimen Zwecks die Verletzung von Grundrechten unausweichlich erscheinen lässt, die dadurch hervorgerufene Beeinträchtigung auf das Mindestmaß zu beschränken.⁷³ Legt man diesen Maßstab zugrunde, müssen alle denkbaren Alternativen in den Vergleich einbezogen werden.⁷⁴ Auf der anderen Seite muss dem Gesetzgeber aber ein praktischer Gestaltungsspielraum belassen werden. Dies folgt schon daraus, dass der Gesetzgeber durch eine demokratische Mehrheitsentscheidung grundsätzlich jedes Ziel, das als solches nicht gegen die Verfassung verstößt, zu einem Gemeinwohlbelang und damit zu einem Regulierungsziel erheben darf.⁷⁵ Stellt also die Wahl des Regulierungsziels im Kern eine rein politische Entscheidung dar, die nur in Ausnahmefällen (insbesondere verfassungsrechtliche Gesetzgebungsaufträge, Untermaßverbot, qualifizierter Gesetzesvorbehalt, Intimsphäre als unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit) verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegt, muss der Gesetzgeber im Grundsatz auch die politische Freiheit besitzen, zu entscheiden, auf welche Art und Weise er das frei gewählte Regulierungsziel verfolgen will.⁷⁶ Deshalb ist zwar keine Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers zur Wahl eines beliebigen Regulierungsinstrumentes angebracht, aber eine Beschränkung der verfassungsrechtlichen Kontrolle auf einen vorhersehbaren Kreis alternativer Regulierungsinstrumente.

Bevor untersucht werden kann, wie dieser vorhersehbare Kreis alternativer Mittel zu bestimmen ist, muss geklärt werden, ob lediglich alternative *Regulierungsinstrumente* oder auch weitere „Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung“⁷⁷ in den Kreis der zu vergleichenden Instrumente einzubeziehen sind. Dabei handelt es sich um eine entscheidende Weichenstellung für die Handlungsfreiheit des Gesetzgebers. Denn in vielen Fällen könnte der Staat, anstatt Private zur Erreichung eines Regulierungsziels zu verpflichten, den gleichen Erfolg sicherstellen, indem er die betreffende Leistung selbst erbringt (z. B. Einrichtun-

⁷³ Vgl. Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 58 f. Zur historischen Entstehung dieses Konzepts aus dem Polizeirecht siehe Remmert, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes (1995), S. 145–150.

⁷⁴ Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 77 spricht in diesem Zusammenhang von einer „endlosen Suche nach allen Alternativen“.

⁷⁵ Siehe oben S. 304.

⁷⁶ Zur politischen Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers siehe Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 77.

⁷⁷ Vgl. Schulze-Fielitz, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 12.

gen der Daseinsvorsorge verstaatlicht und damit die Gestaltung der Kosten von Wasser, Strom und Gas selbst bestimmen kann). Dies ist im vorliegenden Zusammenhang insbesondere dann relevant, wenn es um Regulierung geht, die einen Privaten verpflichtet, um dadurch andere Private zu begünstigen. Denn in solchen Konstellationen könnte der Staat häufig die Begünstigung selbst bewirken mit der Folge, dass der Eingriff in die Grundrechte des Verpflichteten entfele und es sich anscheinend um ein milderes, d. h. stets vorrangiges Mittel handelt. So könnte der Staat etwa schwangeren Arbeitnehmerinnen aus Steuergeldern einen Ersatz für das entgangene Arbeitsentgelt bezahlen, anstatt die Arbeitgeber gemäß §§ 11, 14 MuSchG zur Lohnfortzahlung bzw. einem Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu verpflichten.⁷⁸ Eine Beschränkung der gesetzgeberischen Regulierungskompetenz durch die Möglichkeit der staatlichen Leistungserbringung ist aber nicht anzuerkennen.⁷⁹ Die staatliche Selbstvornahme ist nicht in den Instrumentenvergleich einzubeziehen, denn es besteht ein kategorialer Unterschied zwischen Regulierung und staatlicher Leistungserbringung. Die Erbringung einer Leistung durch den Staat erfordert regelmäßig die Einrichtung und Ausstattung eigener Behörden oder sonstiger Körperschaften, womit erhebliche Belastungen für die öffentlichen Haushalte verbunden sind. Die dadurch entstehenden finanziellen Lasten, die letztlich über Steuern auf die Allgemeinheit umgelegt werden, können aus grundsätzlichen Erwägungen nicht mit den durch einzelne Regulierungsinstrumente verursachten Belastungen spezifischer Regulierungsadressaten verglichen werden. Ein solcher Vergleich würde stets die staatliche Leistungserbringung als das mildere Mittel ausweisen und damit staatsrechtlich grundsätzlich zulässige Wege der Gemeinwohlsicherung versperren. Vor allem scheidet eine Einschränkung der Regulierungskompetenz aber aus, weil der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der eine Beschränkung der Staatsgewalt im Verhältnis zu den Bürgern bezweckt, keine notwendigen Staatsaufgaben⁸⁰ begründen kann. Um eine solche würde es sich aber handeln, wenn ein bestimmtes politisches Ziel allein im Wege der staatlichen Leistungserbringung verfolgt werden dürfte. Es lässt sich daher festhalten, dass der Gesetzgeber zwar das Recht hat, einen Gemeinwohlbelang als Staatsaufgabe zu definieren und diese im Wege der staatlichen Leistungserbringung zu erfüllen. Entscheidet er sich jedoch dafür, den Gemeinwohlbelang zu einem Regulierungsziel zu machen, ist er infolgedessen nicht verpflichtet, die Wahl der Handlungsform Regulierung gegen die Möglichkeit der staatlichen Selbstvornahme abzuwägen. Erforderlich ist nur der Vergleich des in Aussicht genommenen Regulierungsinstruments mit anderen grundsätzlich geeigneten Regulierungsinstrumenten.

⁷⁸ *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 104–111 hält die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Zahlung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld für verfassungswidrig, wobei nicht zwingend der Fiskus die Kosten tragen müsse, sondern auch die Sozialversicherung in Frage käme.

⁷⁹ So im Ergebnis auch BVerfGE 109, 64, 87 (zu den Kosten des Mutterschutzes).

⁸⁰ Zum Begriff oben S. 233 f.

Es ist Aufgabe einer folgenorientierten Rechtswissenschaft, anhand abstrakter Kriterien die infrage kommenden Regulierungsinstrumente in einer Weise zu systematisieren, die Grundlage für diesen gesetzgeberischen (und ggf. einen nachfolgenden verfassungsgerichtlichen) Instrumentenvergleich sein kann. Ausgangspunkt für die Auswahl der als Alternativen zwingend in den Wirksamkeitsvergleich einzustellenden Regulierungsinstrumente ist die Kompetenz des Gesetzgebers, das Regulierungsziel nach politischen Gesichtspunkten weitgehend frei zu wählen. Die obligatorischen Vergleichsalternativen ergeben sich deshalb als Folge der gesetzgeberischen Wahl eines Regulierungsziels. Damit kann die oben vorgenommene Systematisierung von Regulierungsinstrumenten anhand bestimmter Regulierungszielkategorien („Regulierung zur Herbeiführung eines Erfolgs“; „Regulierung zur Verhinderung eines Erfolgs“; „Regulierung zur Herbeiführung einer Handlung“; „Regulierung zur Verhinderung einer Handlung“) als Grundlage der verfassungsrechtlichen Klassifikation dienen.⁸¹ Auf diese Weise bestimmt der Gesetzgeber selbst, welche Zielkoordinaten den Instrumentenvergleich anleiten. Die konkrete Auswahl der in den Vergleich einzubeziehenden Regulierungsinstrumente unterfällt dann aber nicht mehr dem gesetzgeberischen Auswahlmessen, sondern richtet sich nach der verfassungsrechtlichen Klassifizierung des Regulierungsziels. Der Gesetzgeber muss deshalb alle Regulierungsinstrumente in den Wirksamkeitsvergleich einbeziehen, die sich für das von ihm verfolgte Regulierungsziel nach der obigen Klassifizierung grundsätzlich zur Regulierung eignen. Konkret zu messen ist das gewählte Regulierungsinstrument aber nur an solchen Alternativen, die – bei abstrakter Klassifikation – die für den Wirksamkeitsvergleich relevanten Kriterien aufweisen. Die Auswahl der Vergleichsalternativen für den Wirksamkeitsvergleich steht somit in einer Wechselbeziehung mit der Konkretisierung der Vergleichskriterien anhand des vom Gesetzgeber im Einzelfall verfolgten Regulierungsziels. Demgegenüber ergeben sich die für die Ermittlung des mildesten Mittels zugrunde zu legenden Alternativen aus dem Ergebnis des Wirksamkeitsvergleichs, da der Gesetzgeber nur solche milderer Mittel berücksichtigen muss, die mindestens gleich wirksam sind.

2. Erster Vergleich: Gleichwirksamkeit

Die Prüfung, ob es alternative Regulierungsinstrumente gibt, die „gleich wirksam“ sind, wird teilweise als „umfassende Geeignetheitsprüfung“ bezeichnet.⁸² Dieser Ausdruck ist aber insoweit irreführend, als die Prüfung der Gleichwirk-

⁸¹ Selbstverständlich ist es denkbar, alternative Klassifikationen zu entwickeln. Siehe etwa den Ansatz von Engel, in: Brugger / Kirste / Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 113–132, 142–148, der allerdings keine ausdrückliche Taxonomie von Regulierungsinstrumenten entwickelt.

⁸² So Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* (1981), S. 59.

samkeit – anders als die Prüfung der Geeignetheit⁸³ – eine den Gesetzgeber entlastende Funktion hat. Es ist verfassungsrechtlich nicht erforderlich, das Regulierungsinstrument mit der höchsten Wirksamkeit zu wählen. Der Gesetzgeber darf ausdrücklich auch solche Regulierungsinstrumente verwenden, die weniger wirksam sind als alternative Instrumente, sofern sie nur milder sind. Zeigt der Vergleich dagegen, dass der Gesetzgeber das tatsächlich wirksamste Regulierungsinstrument gewählt hat, ist die Konsequenz, dass dieses Regulierungsinstrument stets erforderlich ist – auf die Frage, welches Instrument milder ist, kommt es dann nicht mehr an.⁸⁴ Der Gesetzgeber kann seine Instrumentenwahl also gegen eine verfassungsrechtliche Kontrolle (weitgehend)⁸⁵ immunisieren, indem er das wirksamste Regulierungsinstrument wählt. Damit kommt der Bestimmung der Wirksamkeit eine zentrale rechtsstaatliche Funktion zu. Ausgehend von dieser Funktion der Gleichwirksamkeit soll im Folgenden untersucht werden, welche der oben genannten Vergleichskriterien die „Wirksamkeit“ bestimmen und wie der Vergleich konkret vorzunehmen ist.

a. Zwingende Kriterien

Das BVerfG spricht davon, dass eine Maßnahme gleich wirksam ist, wenn sie „sachlich dasselbe leistet“,⁸⁶ den Zweck „in einfacher, gleich wirksamer [...] Weise erreich[t]“⁸⁷, einen „ähnlich großen Erfolg“ verspricht⁸⁸ bzw. wenn „sachliche Gleichwertigkeit“ zwischen den Alternativen herrscht.⁸⁹ Zwingendes Kriterium für einen Vergleich der Wirksamkeit von Regulierungsinstrumenten ist deshalb ihre *Eignung zur Zielerreichung*. Ein Regulierungsinstrument, das sich zur Erreichung eines Regulierungsziels besser eignet als ein anderes, ist auch prima facie wirksamer.⁹⁰ Daneben ist aber auch die *Verifizierbarkeit der Zielerreichung* zur Wirksamkeit des Regulierungsinstruments zu zählen. Denn in solchen Fällen, in denen die Zielerreichung nur schwer zu verifizieren ist, können Regulierungsinstrumente, deren Befolgung nicht zu verifizieren ist, auch nur eine geringere Regulierungswirkung (d.h. Verhaltensbeeinflussung) erzielen und versprechen deshalb nicht einen ähnlich großen Erfolg bzw. leisten sachlich nicht dasselbe.

⁸³ Siehe oben S. 304.

⁸⁴ BVerfGE 88, 145, 165; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 76.

⁸⁵ Wird die Erforderlichkeit eines Regulierungsinstruments bejaht, bleibt im Einzelfall noch die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne; siehe dazu oben S. 309 ff.

⁸⁶ BVerfGE 25, 1, 20; 30, 292, 319.

⁸⁷ BVerfGE 77, 84, 109.

⁸⁸ BVerfGE 100, 313, 375.

⁸⁹ BVerfGE 81, 70, 91.

⁹⁰ Vgl. Klement, AöR 134 (2009), 35, 67: „Eine höhere Wirksamkeit kann schon in der höheren Wahrscheinlichkeit liegen, dass ein bestimmter Zustand erreicht wird.“ N. Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 173 weist darauf hin, dass bei solchen prognosebezogenen Aussagen häufig eine „implizite Abwägung“ vorgenommen werde.

Diese Festlegung der zwingenden Vergleichskriterien entfaltet – wie zuvor angedeutet – Rückwirkungen auf die Auswahl der Vergleichsalternativen. So muss der Gesetzgeber für den Vergleich der Wirksamkeit alle Regulierungsinstrumente in Betracht ziehen, die bei abstrakter Klassifizierung zur Zielerreichung geeignet sind und die die Anforderungen an die Verifizierbarkeit der Zielerreichung erfüllen, die sich für das konkret gewählte Regulierungsziel ergeben.

Hat der Gesetzgeber also ein konkretes Regulierungsziel und Regulierungsinstrument ins Auge gefasst, muss dieses in einem ersten Schritt gemäß dem oben entwickelten System als positives oder negatives Erfolgs- oder Handlungsziel klassifiziert werden. Möchte der Gesetzgeber z. B. die Zahl der Verkehrsunfälle auf Autobahnen reduzieren und erwägt dazu ein generelles Tempolimit von 120 km/h (d. h. ein bußgeldbewehrtes öffentlich-rechtliches Verbot, schneller als 120 km/h zu fahren), muss dieses Regulierungsziel in das obige System eingeordnet werden. Bei dem Beispiel handelt es sich um ein negatives Erfolgsziel; der Eintritt des Erfolgs „Verkehrsunfall auf einer Autobahn“ soll verhindert werden. Im zweiten Schritt ist zur Bestimmung der zur Zielerreichung grundsätzlich geeigneten Regulierungsinstrumente der unerwünschte Erfolg „Verkehrsunfall auf einer Autobahn“ als „allgemein“ oder „spezifisch“ zu klassifizieren. Im Beispiel handelt es sich um ein spezifisches Ziel, so dass zur Zielerreichung nach dem obigen Schema insbesondere die Regulierungsinstrumente „öffentlich-rechtliches Verbot“, „Unterlassungsanspruch“, „Kriminalstrafe“ und „strafbefreiender Rücktritt vom Versuch“ in Betracht kommen. Als nächstes ist das zweite zwingende Kriterium, die Verifizierbarkeit der Erreichung des Regulierungsziels, einzubeziehen. Regulierungsziel ist in diesem Fall nicht die Verhinderung der Handlung, dass ein Autofahrer schneller als 120 km/h fährt, sondern die Vermeidung von Verkehrsunfällen. Der Eintritt von Verkehrsunfällen auf Autobahnen ist (anders als kurzfristige Geschwindigkeitsüberschreitungen) leicht zu verifizieren, da es im Regelfall zu einem Polizei- und/oder Rettungswageneinsatz kommt. Der Gesetzgeber muss daher zusätzlich auch das bei leichter Verifizierbarkeit des zu verhindernden Erfolgs geeignete Regulierungsinstrument „Geldbuße“ in den Vergleich einbeziehen.

b. Unzulässige Kriterien

Dagegen dürfen die Kosten nicht für den Vergleich der Wirksamkeit von Regulierungsinstrumenten herangezogen werden. Dies gilt sowohl für die *Rechtssetzungskosten* als auch die *Rechtsdurchsetzungskosten* und die *Rechtsbefolgungskosten*. Aus allen oben genannten Definitionen der Gleichwirksamkeit durch das BVerfG geht eindeutig hervor, dass es für die Frage der Wirksamkeit von Verfassungen wegen allein auf solche Umstände ankommt, die die Eignung des Regulierungsinstruments zur Zielerreichung betreffen, nicht aber auf die dadurch verursachten Kosten; dies gilt unabhängig davon, ob die Kosten auf Ebene der

Gesellschaft oder eines Privaten anfallen.⁹¹ Auch in Anbetracht der rechtsstaatlichen Funktion der Erforderlichkeitsprüfung ist eine solche Einschränkung notwendig: Die Wirksamkeit im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes zielt nicht auf eine ökonomisch effiziente Lösung ab, sondern beschränkt den Gesetzgeber auf solche Regulierungsinstrumente, die in besonderem Maße geeignet sind, ein Regulierungsziel zu erreichen. Die Frage nach den Kosten stellt sich erst bei der Bestimmung des milderen Mittels.⁹²

Deshalb kann im obigen Beispiel, in dem der Gesetzgeber die Zahl der Unfälle auf Autobahnen durch eine generelle Geschwindigkeitsbegrenzung reduzieren möchte, nicht geltend gemacht werden, dass privatrechtliche Ansprüche (etwa auf Unterlassung eines bestimmten verkehrswidrigen Verhaltens oder auf Schadensersatz) geringere Rechtsdurchsetzungskosten verursachen und daher wirksamer seien als ein durch den Einsatz von Geschwindigkeitskontrollgeräten und Polizeivollzugsbeamten durchzusetzendes Geschwindigkeitslimit.

c. Optionale Kriterien

Im Folgenden soll untersucht werden, ob der Gesetzgeber im konkreten Fall weitere Kriterien einführen darf, bei deren Hinzuziehung das gewählte Regulierungsinstrument im Vergleich zu einigen oder allen in Betracht zu ziehenden Alternativen wirksamer erscheint.⁹³ Dies betrifft konkret die Frage, ob der Gesetzgeber im Einzelfall eine niedrige oder hohe *Fehlertoleranz* festlegen oder den Ausschluss bestimmter unerwünschter *Nebenwirkungen* bzw. den Eintritt positiver Nebenfolgen zu einem Nebenzweck der Regulierung machen darf.

Gegen die Möglichkeit, solche zusätzlichen Vergleichskriterien einzuführen, hat *Christoph Engel* eingewandt, dass der Gesetzgeber es damit selbst in der Hand hätte, die Anforderungen an die Verfassungsgemäßheit des Gesetzes zu beeinflussen.⁹⁴ Dieser Effekt besteht allerdings in einem gewissen Maße ohnehin, da sich die relevanten Vergleichsinstrumente allein als Folge der gesetzgeberischen Wahl des konkreten Regulierungsziels ergeben.⁹⁵ Vor allem lässt sich die Wirksamkeit eines Regulierungsinstruments stets nur relativ zu dem konkret verfolgten Ziel bestimmen, so dass es im Sinne der Durchsetzung der politischen

⁹¹ Vgl. BVerfGE 77, 84, 110 f.

⁹² Siehe dazu ausführlich unten S. 620 ff. und S. 624.

⁹³ Sollte das zusätzliche Kriterium im Einzelfall einmal dazu führen, dass das vom Gesetzgeber favorisierte Regulierungsinstrument als weniger wirksam erscheint, hat dies lediglich zur Folge, dass sich der Kreis der für die Bestimmung des mildesten Mittels zu berücksichtigenden Regulierungsinstrumente vergrößert.

⁹⁴ *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 115, der deshalb dafür eintritt, die Auswahl der „Nebenbedingungen“ einer strengeren verfassungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen als die Auswahl des Regulierungsziels. Beides seien zwar im Kern politische Entscheidungen; bei einer freien Wahl der Nebenbedingungen habe es der Gesetzgeber aber in der Hand, das „Übermaßverbot leer [zu] machen“.

⁹⁵ Siehe oben S. 611.

Gestaltungsfreiheit ist, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber eine weitreichende Zieldefinitionsfreiheit einzuräumen. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein Regulierungsinstrument nur dann gleichwirksam ist, wenn es „in jeder Hinsicht“ sachlich gleichwertig ist.⁹⁶ Damit erkennt das Gericht implizit an, dass es neben dem eigentlichen Regulierungsziel im konkreten Einzelfall weitere Aspekte („Hinsichten“) geben kann, die für die Bewertung der sachlichen Gleichwertigkeit relevant sind. Problematisch wird die Freiheit des Gesetzgebers, im Einzelfall solche weiteren Kriterien zu definieren, unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nur dann, wenn er erst nachträglich – im verfassungsgerichtlichen Verfahren – zusätzliche Zielkriterien „erfindet“, um das Gesetz gegen eine verfassungsrechtliche Kontrolle zu immunisieren. Diese Gefahr erfordert aber nicht, die gesetzgeberische Zieldefinitionsfreiheit umfassend zu beschränken, sondern verlangt lediglich, dass der Gesetzgeber seine konkreten Ziele bereits im Stadium der Gesetzgebung klar formuliert, etwa in der Gesetzesbegründung. Ist dies geschehen, sind die Kriterien auch bei einer späteren verfassungsgerichtlichen Kontrolle zugrunde zu legen.

Besonders deutlich wird dies bei der Fehlertoleranz. Welches Ausmaß an Rechtsbefolgung bzw. Normverstößen gesellschaftlich gewünscht bzw. tolerabel ist, sind zuvörderst politische Fragen, die sich nur in Grenzfällen aus dem Grundgesetz deduzieren lassen.⁹⁷ Aber auch Nebenwirkungen eines Regulierungsinstruments – z. B. die Gefahr, dass strenge Strafvorschriften bestimmte, besonders geeignete Personen davon abhalten könnten, einen Beruf zu ergreifen oder konkrete Tätigkeiten auszuüben, oder der positive Effekt, dass eine Gefährdungshaftung im Gegensatz zur Verschuldenshaftung als Versicherung für die Geschädigten wirkt – können im Einzelfall politisch als so gravierend eingestuft werden, dass die Möglichkeit ihres Auftretens den Einsatz des betreffenden Regulierungsinstruments aus Sicht des Gesetzgebers als ausgeschlossen oder andersherum als besonders wünschenswert erscheinen lässt.

Im Beispiel der Reduzierung von Verkehrsunfällen auf Autobahnen hat der Gesetzgeber etwa das Recht, eine hohe Befolgungsquote als politisches Ziel vorzugeben, so dass infolgedessen die Sanktionierung von Verkehrsgefährdungen wegen Überschreitung des Geschwindigkeitslimits durch eine Kriminalstrafe im Vergleich zu alternativen Regulierungsinstrumenten als wirksamer zur Erreichung des Regulierungsziels erscheint. Auch dürfte der Gesetzgeber legitimerweise die Gefahr ausschließen wollen, dass Private bei einer alleinigen privatrechtlichen Sanktionierung Vergleiche zu Beträgen schließen, die keine hinreichende Abschreckungswirkung entfalten, so dass aufgrund dieses zusätzlichen Kriteriums eine nach dem Legalitätsprinzip durchgeführte öffentlich-rechtliche Sanktionierung zum wirksameren Regulierungsinstrument wird.

⁹⁶ BVerfGE 30, 292, 319; 81, 70, 91.

⁹⁷ So etwa bei Vorgaben durch das so genannte Untermaßverbot; vgl. oben S. 606.

d. Durchführung des Vergleichs

Dem Wirksamkeitsvergleich kommt in doppelter Hinsicht verfassungsrechtliche Relevanz zu: Ergibt er, dass das vom Gesetzgeber gewählte Regulierungsinstrument das wirksamste Mittel ist, ist dieses Regulierungsinstrument stets verfassungsrechtlich erforderlich. Zeigt sich dagegen, dass es andere Regulierungsinstrumente gibt, die gleich wirksam oder sogar wirksamer sind, so sind allein diese in den zweiten Vergleich – die Bestimmung des mildesten Mittels – einzubeziehen. Damit ist also keine Rangfolge der Wirksamkeit aller in den Vergleich einzubeziehenden Regulierungsinstrumente erforderlich; es muss vielmehr nur untersucht werden, ob die einzelnen Regulierungsinstrumente jeweils im Vergleich zu dem vom Gesetzgeber favorisierten mindestens gleich wirksam sind.

Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der konkreten Durchführung des Vergleichs ein. Dieser Einschätzungsspielraum bezieht sich einerseits auf die Beurteilung tatsächlicher Fragen und sachlicher Zusammenhänge⁹⁸ und ist insoweit Ausdruck der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers. Gibt es z. B. einen fachlichen Dissens über die sozialen Mechanismen, die die Wirksamkeit eines Regulierungsinstruments bedingen, soll allein die Einschätzung des Gesetzgebers und nicht die des BVerfG maßgeblich sein. Erst dort, wo die tatsächlichen/sachlichen Einschätzungen des Gesetzgebers in einem „Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung [widersprechen], daß sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben [können]“⁹⁹ oder wenn „nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen“,¹⁰⁰ endet die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Andererseits überlässt es das BVerfG dem Gesetzgeber, die (haushalts-)politischen Entscheidungen über die sachliche und personelle Ausstattung von Behörden zu treffen. In diesem Bereich muss der Gesetzgeber öffentliche Mittel nur in einem „vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare[n] Maß“¹⁰¹ zur Verfügung stellen, selbst wenn durch höhere Ausgaben für die Rechtsdurchsetzung die Wirksamkeit insbesondere straf- und verwaltungsrechtlicher Regulierungsinstrumente erheblich gesteigert werden könnte. Damit kann der Gesetzgeber durch politische Entscheidungen über das für die Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehende Budget das Ergebnis des Wirksamkeitsvergleichs beeinflussen.

Es ergibt sich somit ein Zusammenspiel zwischen den abstrakten verfassungsrechtlichen Vorgaben, welche Regulierungsinstrumente im Hinblick auf welche Kriterien zu vergleichen sind (wobei dem Gesetzgeber dabei – wie gerade aus-

⁹⁸ BVerfGE 77, 84, 110; 102, 197, 218.

⁹⁹ BVerfGE 25, 1, 17; 30, 292, 317.

¹⁰⁰ BVerfGE 102, 197, 218.

¹⁰¹ BVerfGE 77, 84, 110.

geführt – ebenfalls die begrenzte Möglichkeit offensteht, vor Erlass des Gesetzes zusätzliche Vergleichskriterien zu definieren), und der Einschätzung der relevanten Sachverhalte sowie der tatsächlichen Wirkungen einzelner Regulierungsinstrumente und, darüber hinaus, der sachlichen und personellen Ausstattung der Rechtsdurchsetzungsinstanzen, bei denen dem Gesetzgeber eine weitreichende Prärogative zukommt.

In dem Beispiel, in dem der Gesetzgeber ein generelles Tempolimit (d.h. ein bußgeldbewehrtes öffentlich-rechtliches Verbot, schneller als z. B. 120 km/h zu fahren) einführen möchte, um dadurch die Zahl der Verkehrsunfälle auf Autobahnen zu reduzieren, sind nach der obigen Klassifizierung die alternativen Regulierungsinstrumente „Unterlassungsanspruch“, „Kriminalstrafe“ und „strafbefreiender Rücktritt vom Versuch“ in den Vergleich einzubeziehen. Diese sind darauf hin zu vergleichen, inwieweit sie geeignet sind, das leicht verifizierbare Ziel, die Zahl der Verkehrsunfälle auf Autobahnen zu reduzieren, zu erreichen. Der Gesetzgeber hat dabei ex ante die Möglichkeit, auf eine besonders hohe Befolungsquote Wert zu legen und diese damit als zusätzliches Vergleichskriterium einzuführen oder bestimmte Nebenwirkungen möglicher alternativer Regulierungsinstrumente aus politischen Gründen auszuschließen. Tut er dies nicht, kommt es allein auf die Eignung zur Zielerreichung an. Hier scheidet das Regulierungsinstrument „strafbefreiender Rücktritt vom Versuch“ aus, da sich dieses nur für vorsätzliches Handeln eignet, während das gesetzgeberische Ziel der Unfallvermeidung insbesondere auch fahrlässiges Verhalten umfasst. Ob ein privatrechtlicher Unterlassungsanspruch mindestens gleich wirksam ist wie ein bußgeldbewehrtes öffentlich-rechtliches Verbot, hängt maßgeblich von der tatsächlichen Einschätzung des Gesetzgebers sowie von der sachlichen und personellen Ausstattung der Verkehrsüberwachungsbehörden ab. Gute Gründe sprechen aber gegen eine Gleichwirksamkeit, da es im Straßenverkehr nicht möglich ist, vorbeugenden Rechtsschutz zu erlangen, so dass Unterlassungsansprüche regelmäßig ins Leere gehen werden. Dagegen ist ein Straftatbestand, der das Verursachen eines Unfalls oder die Überschreitung einer Höchstgeschwindigkeit unter Strafe stellt, bei hinreichender Ausstattung der Staatsanwaltschaft (mindestens) gleich wirksam, um die Zahl der Verkehrsunfälle auf Autobahnen zu reduzieren.

3. Zweiter Vergleich: Bestimmung des milderen Mittels

Während der Wirksamkeitsvergleich eine den Gesetzgeber entlastende Funktion hat, stellt die Bestimmung des milderen Mittels die zentrale verfassungsrechtliche Vorgabe für die gesetzgeberische Wahl von Regulierungsinstrumenten dar.

Allerdings ist die Zielrichtung dieser Kontrolle – die Frage, in Bezug auf welche Interessen oder Werte die Milde zu bestimmen ist – nicht ganz eindeutig, was darauf zurückzuführen ist, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der inzwischen in vielerlei Kontexten im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

Anwendung findet,¹⁰² in seiner heutigen Form aus dem Individualrechtsschutz entstanden ist.¹⁰³ Aus diesem Grund formuliert das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, ein Mittel sei milder, wenn es das *betreffende Grundrecht* „nicht oder weniger fühlbar“ beeinträchtigt.¹⁰⁴ Ein solcher Maßstab erscheint angemessen, wenn es um die Verhältnismäßigkeit exekutiver staatlicher Eingriffe in Rechtspositionen Einzelner geht („abwehrrechtliches Übermaßverbot“¹⁰⁵). Bei einem verfassungsrechtlichen Gebot, welches die Auswahl von Regulierungsinstrumenten durch den *Gesetzgeber* anleitet, ist diese Sichtweise jedoch verkürzend. Zunächst kann es selbst bei enger (d.h. auf die Grundrechte beschränkter) Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht auf ein einzelnes Grundrecht ankommen, sondern es müssen stets sämtliche Rechte des Grundrechtsträgers betrachtet werden. Darüber hinaus darf man aber auch nicht bei dem einzelnen Grundrechtsträger stehen bleiben. Denn dies könnte dazu führen, dass ein Mittel als nicht erforderlich erscheint, weil es ein alternatives Regulierungsinstrument gibt, das den betreffenden Grundrechtsträger gar nicht tangiert, aber Grundrechte Dritter in gleicher Weise oder sogar in weit stärkerem Ausmaß einschränkt.¹⁰⁶ Ein solches Regulierungsinstrument wäre aus Sicht des ersten Grundrechtsträgers erforderlich, aus der Perspektive des Dritten dagegen nicht. Verfassungsrechtliche Vorgaben an den Gesetzgeber zielen aber nicht auf ein einzelnes, relatives Rechtsverhältnis ab, sondern enthalten generelle Vorgaben. Deshalb muss die „Milde“ des zu wählenden Regulierungsinstruments umfassend und unter Abstraktion von Sondersituationen Einzelner bestimmt werden.¹⁰⁷

Zweifelhaft ist aber, ob lediglich die Grundrechte relevant sind, oder ob auch die Schonung von Belangen der Allgemeinheit für die Milde des Mittels zu berücksichtigen ist. Die wohl h.M. bejaht Letzteres¹⁰⁸ und teilweise finden sich auch in der Rechtsprechung des BVerfG entsprechende Ansätze, etwa wenn das Gericht ausführt, ein „milderes Mittel, das [...] auch Dritte und die Allgemein-

¹⁰² Siehe dazu *Heusch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht (2003); *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 445–449.

¹⁰³ *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot (1989), S. 74; zu den historischen Grundlagen siehe *Remmert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes (1995), S. 201 f.

¹⁰⁴ BVerfGE 25, 1, 18; 30, 292, 316; 40, 196, 223; 77, 84, 109; 81, 70, 90; 83, 1, 18; 100, 313, 375; 102, 197, 217.

¹⁰⁵ *Engel*, in: Brugger / Kirste / Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt (2002), S. 103, 105.

¹⁰⁶ Siehe dazu *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 90 f.; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 68 f.

¹⁰⁷ Ausführlich zum Vergleichsvorgang unten S. 626 ff.

¹⁰⁸ Siehe insbesondere *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 126; *Dechsling*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot (1989), S. 74 f.; *Grzeszick*, in: Maunz / Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. VII Rn. 115; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 67. Dagegen will *M. C. Jakobs*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1985), S. 68 f. Interessen der Allgemeinheit nur als sekundäre (nachrangige) Kriterien heranziehen.

heit nicht stärker belastete, ist nicht ersichtlich“.¹⁰⁹ Insbesondere erkennt das Gericht die Freiheit des Gesetzgebers an, haushaltsrelevante Maßnahmen selbst zu priorisieren, weshalb etwa Subventionen nicht per se als milderer Mittel zählen, selbst wenn sie im Vergleich zu alternativen Regulierungsinstrumenten die Grundrechte weniger beeinträchtigen.¹¹⁰ Im Ergebnis ist dieser Auffassung zuzustimmen. Bei der Bestimmung des milderer Mittels sind nicht nur die Grundrechte der Betroffenen, sondern auch weitere öffentliche Belange zu berücksichtigen. Dies beruht auf der Überlegung, dass der Gesetzgeber diejenigen Kriterien, die er bei der Wahl seiner Regulierungsziele berücksichtigen muss oder darf,¹¹¹ gleichfalls bei der Wahl des Regulierungsinstruments in Betracht ziehen muss oder darf. Konkret folgt daraus, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten ist, Regulierungsinstrumente so auszuwählen, dass sie spezifische Verfassungsaufträge (z. B. die Pflicht zur Erreichung eines gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts gemäß Art. 109 Abs. 2 GG¹¹²) oder Staatszielbestimmungen (z. B. den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen gemäß Art. 20a GG) so wenig wie möglich beeinträchtigen.¹¹³ Darüber hinaus darf der Gesetzgeber weitere, verfassungsrechtlich nicht zwingend vorgegebene Belange (z. B. die Integration ausländischer Mitbürger) zu öffentlichen Aufgaben bzw. Staatsaufgaben erheben mit der Folge, dass er solche Regulierungsinstrumente wählen darf, die diese Belange besonders schonen.¹¹⁴

Damit dient die Prüfung des milderer Mittels im Ergebnis dazu, die Beeinträchtigung der von Verfassungs wegen zwingend geschützten Interessen (seien es Grundrechte oder sonstige Verfassungswerte) sowie der vom Gesetzgeber in den Status von Staatsaufgaben erhobenen öffentlichen Interessen durch die Verfolgung des Regulierungsziels auf das geringstmögliche Maß zu begrenzen. Diejenigen Aspekte, die im Rahmen der Milde-Prüfung zu berücksichtigen sind, werden damit funktional zu „Nebenzwecken“ der Regulierung.¹¹⁵ Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden entwickelt werden, welche Kriterien zwingend als Nebenzweck zu berücksichtigen sind, welche von Verfassungs wegen nicht als solcher angenommen werden dürfen und wie das Recht des Gesetzgebers, optionale Kriterien (d. h. Nebenzwecke) zu definieren, im Detail zu verstehen ist.

¹⁰⁹ BVerfGE 88, 145, 164.

¹¹⁰ BVerfGE 92, 26, 44.

¹¹¹ Ausführlich dazu oben S. 233 ff.

¹¹² Zur Rolle von Art. 109 Abs. 2 GG bei der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen siehe *Kube*, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 109 Rn. 91 m. w. N.

¹¹³ Für eine Zusammenstellung der gemeinwohlrelevanten Vorgaben des Grundgesetzes siehe z. B. *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 104 f.

¹¹⁴ Dazu ausführlich unten S. 624 ff.

¹¹⁵ Zum Begriff siehe BVerfGE 30, 292, 318. Siehe auch *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 114 („normative Nebenbedingungen“).

a. Zwingende Kriterien

Auch wenn man Allgemeinwohlbelange in die Prüfung einbezieht, spielen die Grundrechte bei der Bestimmung des milderen Mittels eine entscheidende Rolle. Die Beachtung der Grundrechte ist ein zwingender Nebenzweck jeglicher Regulierung. Allerdings ist die standardmäßig anzutreffende Formulierung, ein Mittel sei milder, wenn es das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränke,¹¹⁶ zumindest missverständlich. Ziel der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist gerade die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des durch das Regulierungsziel verursachten Grundrechtseingriffs. Die „Fühlbarkeit“ der Grundrechtseinschränkung kann sich deshalb nicht auf die durch das Regulierungsziel bewirkte Freiheitsbeschränkung beziehen,¹¹⁷ sondern ausschließlich auf die durch konkrete Regulierungsinstrumente „anlässlich“ der Erreichung dieses Regulierungsziels verursachten Grundrechtsbeeinträchtigungen.¹¹⁸ Als Kriterium zur Bestimmung des milderen Mittels wird deshalb im Folgenden nicht pauschal auf die Grundrechte rekurriert; es soll vielmehr versucht werden, die Arten von Grundrechtsbeeinträchtigungen zu identifizieren, die für die Milde relevant sind.

Hier sind an erster Stelle Grundrechtseingriffe aufgrund des *Modus der Zielerreichung* durch die einzelnen Regulierungsinstrumente zu nennen. Besteht etwa das Regulierungsziel darin, Diebstähle durch Angestellte zu verhindern, ergeben sich für die Grundrechte der Regulierungsadressaten (der Angestellten) erhebliche Unterschiede, je nachdem, ob der Gesetzgeber lediglich im konkreten Verdachtsfall allgemeine polizeiliche bzw. strafverfolgungsrechtliche Maßnahmen (z. B. eine Durchsuchung) zulässt oder etwa eine general-präventive Überwachung des Arbeitsplatzes durch Videokameras oder eine verdachtsunabhängige Taschenkontrolle durch den Arbeitgeber gestattet. Ein grundsätzlicher Unterschied besteht beim Modus der Zielerreichung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumenten. Dieser ergibt sich daraus, dass Private grundsätzlich frei sind, ob sie ihre privatrechtlichen Ansprüche geltend machen möchten, selbst wenn es sich um primär regulatorische Rechtspositionen handelt, während öffentlich-rechtliche Regulierungsinstrumente regelmäßig eine Pflicht der Behörden zur Rechtsdurchsetzung umfassen.¹¹⁹ Der Gesetzgeber sieht eine vollständige

¹¹⁶ Siehe Nachweise S. 618, Fn. 104.

¹¹⁷ Besteht etwa das Regulierungsziel einer Norm darin, Insiderhandel am Kapitalmarkt zu verhindern, spielt der bei den betroffenen Marktteilnehmer dadurch verursachte Verlust von Gewinnchancen durch Insiderhandel als Eingriff in ihr Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG keine Rolle für die Bestimmung des mildesten Mittels. Denn diese Freiheitsbeschränkung ist gerade Ziel der Regelung und damit Gegenstand der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Die Auswahl des Regulierungsziels ist verfassungsrechtlich grundsätzlich lediglich daraufhin zu überprüfen, ob der Gesetzgeber damit ein legitimes Gemeinwohlinteresse verfolgt; siehe oben S. 304.

¹¹⁸ Vgl. Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 128.

¹¹⁹ Dazu ausführlich oben S. 559 ff. Im öffentlich-rechtlichen Bereich folgen auch Ausnahmen wie das Opportunitätsprinzip dabei rein rechtlichen Kriterien, so dass Verfahrenseinstel-

Entschließungsfreiheit privater Rechtsdurchsetzer in solchen Fällen vor, in denen das Regulierungsziel (das öffentliche Interesse) allein darüber vermittelt wird, dass der entsprechende Private auch geschützt werden möchte.¹²⁰ Werden solche auch privatnützigen Regulierungsziele dagegen öffentlich-rechtlich durchgesetzt, kann es dazu kommen, dass die Behörde Rechtsdurchsetzung betreibt, obwohl der betreffende Private gar kein eigenes Interesse an dem Schutz hat. Wäre durch ein Absehen von der Durchsetzung im konkreten Fall das Regulierungsziel im öffentlichen Interesse nicht bedroht, führt der Modus der Zielerreichung privatrechtlicher Regulierungsinstrumente in einer solchen Situation dazu, dass diese für die Grundrechte des Regulierungsadressaten ein milderer Mittel darstellen.¹²¹

Besonders augenfällig ist die Grundrechtsbeeinträchtigung durch den Modus der Zielerreichung auch dann, wenn bei einem Regulierungsinstrument Normadressat und Regulierungsadressat auseinanderfallen. So ist bereits im allgemeinen Polizeirecht anerkannt, dass zwar auch Nichtstörer in Anspruch genommen werden dürfen, wenn die Gefahr anderweitig nicht abgewendet werden kann, dass eine solche Inanspruchnahme aber nur zulässig ist, wenn der Nichtstörer anschließend entschädigt wird (siehe z.B. Art. 10, 70 BayPAG). Aber auch im Wirtschaftsrecht finden sich ähnliche Konstellationen: Entscheidet sich der Gesetzgeber z.B. zum Einsatz eines Gatekeepers, geht damit zwingend ein Eingriff in die Grundrechte des Normadressaten (z.B. die Berufsfreiheit des Abschlussprüfers) einher mit dem Ziel, dadurch den Regulierungsadressaten (z.B. das geprüfte Unternehmen) zum regulierungszielkonformen Verhalten zu veranlassen, während bei einer (alleinigen) direkten Regulierung die Grundrechte des potentiellen Gatekeepers gänzlich unberührt blieben. An diesem Beispiel zeigt sich allerdings auch, dass der Modus der Zielerreichung sowohl negative als auch positive Auswirkungen auf Individualinteressen haben kann. Denn mit den grundrechtseingreifenden Pflichten eines Gatekeepers geht regelmäßig eine gesetzliche Verpflichtung des Regulierungsadressaten einher, sich der Dienste des Gatekeepers zu bedienen (z.B. den Jahresabschluss prüfen zu lassen), so dass der Profession des Gatekeepers gesetzlich ein Markt für ihre Dienstleistung garantiert wird. Nach h.M. sollen positive Effekte für die Bestimmung der Milde ebenfalls relevant sein.¹²² Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn diese Effekte – wie im gerade

lungen zu rechtfertigen sein müssen, während Private keinerlei Rechenschaftspflicht unterliegen, weshalb sie auf die Rechtsdurchsetzung verzichten.

¹²⁰ Besteht ein verstärktes öffentliches Interesse an der Rechtsdurchsetzung, kann dieses durch die Unverzichtbarkeit der Rechtsposition oder durch (indirekte) Pflichten zur Rechtsdurchsetzung (etwa Pflichten gesetzlicher Vertreter) berücksichtigt werden.

¹²¹ Vgl. C. Calliess, Die Verwaltung 34 (2001), 169, 185; Hecker, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 100. Dagegen können sie unter dem Gesichtspunkt der privaten Rechtsdurchsetzungskosten (d.h. aus Sicht der Rechtsdurchsetzer) ein weniger mildes Mittel gegenüber der behördlichen Rechtsdurchsetzung darstellen; dazu sogleich S. 623. Zur Auflösung solcher Konflikte unten S. 626 ff.

¹²² M. C. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1985), S. 70; siehe auch Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 20 Abschn. VII Rn. 115 m. w. N.

gebildeten Beispiel – direkt von den negativen Effekten abhängen und diese (zumindest teilweise) wieder aufheben.

Der Modus der Zielerreichung ist aber nicht nur für die Beeinträchtigung von Grundrechten relevant, sondern auch für die Wahrung sonstiger zwingender öffentlicher Belange. Besteht etwa das Regulierungsziel darin, die Ansiedlung von Industriebetrieben in einer bestimmten Region zu erreichen, so ist bei der Wahl der Regulierungsinstrumente darauf zu achten, dass dadurch z. B. die natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) möglichst wenig beeinträchtigt werden, weshalb etwa zwischen zwei alternativ möglichen Subventionen diejenige das mildere Regulierungsinstrument darstellt, die nur besonders umweltverträgliche Fabrikbauten fördert.

Ein zweites wichtiges Kriterium zur Bestimmung des milderen Mittels sind die *unerwünschten Nebenwirkungen* eines Regulierungsinstruments. Solche Nebenwirkungen können sowohl die Grundrechte des Norm- oder Regulierungsadressaten (z. B. im Falle falscher Verurteilungen beim Einsatz von Schadenersatzansprüchen mit Beweislastumkehr, wenn der Entlastungsbeweis aufgrund fehlender Beweismittel scheitert) als auch zwingende Gemeinwohlinteressen (z. B. im Falle einer Unterversorgung mit einer sozial erwünschten Dienstleistung bei übermäßiger Abschreckung durch zu weit gefasste Straftatbestände) beeinträchtigen. Positive Nebenwirkungen von Regulierungsinstrumenten sind dagegen nicht zwingend zu berücksichtigen, sondern nur dann, wenn sie gerade darin bestehen, negative Nebenwirkungen abzumildern, oder wenn sie vom Gesetzgeber ausdrücklich zu einem Nebenziel der Regulierung gemacht wurden.¹²³

Das dritte Kriterium zur Bestimmung des milderen Mittels sind die *Rechtsbefolgungskosten*. Diese belasten den Norm- oder Regulierungsadressaten unmittelbar und stellen insoweit einen Eingriff zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit, im Bereich der Wirtschaftsregulierung zumeist in Art. 12 Abs. 1 GG, dar. Stehen zwei oder mehrere mindestens gleich wirksame Regulierungsinstrumente zur Verfügung, muss dasjenige gewählt werden, dessen Befolgung für den Norm- oder Regulierungsadressaten den geringsten Aufwand verursacht.¹²⁴ So können z. B. im Bereich der Wirtschaftsregulierung anlassunabhängige Offenlegungspflichten erhebliche Compliance-Kosten verursachen, wenn die dafür benötigten Daten extra erhoben, zentral erfasst, überprüft und veröffentlicht werden müssen. Besteht das Regulierungsziel dabei allein darin, bestimmte Verhaltensweisen (z. B. Angestellte zu unbezahlter Überstundenarbeit anzuhalten) zu unterbinden, die aufgrund der Pflicht zur Offenlegung (z. B. einer Verpflichtung, auf dem Produkt aufzudrucken: „Zur Herstellung dieses Produkts wurden

¹²³ Dazu sogleich unter S. 625 f.

¹²⁴ Dies kann auch auf die Kosten der Verteidigung bei mutmaßlichen Rechtsverstößen übertragen werden. Während eine behördliche Rechtsdurchsetzung die Belastung bündelt, können privatrechtliche Klagen (etwa einer Vielzahl an Geschädigten) zu einer Mehrfachverfolgung führen, so dass es sich insoweit um ein weniger mildes Mittel handelt; vgl. *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 359.

x unbezahlte Überstunden geleistet“) auch tatsächlich nicht mehr vorgenommen werden, so verursacht ein direktes Verbot der entsprechenden Verhaltensweise viel geringere Compliance-Kosten und kann daher ein milderes Mittel darstellen.

Schließlich sind auch die *Rechtsdurchsetzungskosten* für die Bestimmung des milderen Mittels relevant. Unter diesem Punkt wird in erster Linie diskutiert, ob solche Regulierungsinstrumente, die im Vergleich mit anderen einen geringeren staatlichen Verwaltungsaufwand verursachen, mildere Mittel darstellen.¹²⁵ Die Reduzierung von Verwaltungsaufwand (Sparsamkeit oder Wirtschaftlichkeit staatlichen Handelns) stellt aber kein zwingendes Staatsziel dar, das den Gesetzgeber binden würde.¹²⁶ Deshalb ist die Reduzierung von Verwaltungsaufwand kein für die Ermittlung des milderen Mittels zwingend zu berücksichtigendes Kriterium, kein zwingendes Nebenziel jeglicher Regulierung.¹²⁷ Das bedeutet, dass ein Regulierungsmittel (z. B. Aufsichtsrecht mit einer personell und sachlich aufwändig ausgestatteten Aufsichtsbehörde) nicht etwa deshalb verfassungswidrig ist, weil es alternative Regulierungsinstrumente (z. B. den Einsatz eines Gatekeepers, etwa eines Wirtschaftsprüfers) gäbe, die geringere Verwaltungskosten verursachen. Ganz ähnliche Erwägungen gelten für primäre staatliche Ausgaben aufgrund eines Regulierungsinstruments, insbesondere Subventionen.¹²⁸ Der Einsatz von Subventionen ist nicht deshalb verfassungswidrig, weil es alternative Regulierungsinstrumente (z. B. öffentlich-rechtliche Gebote) gibt, die mindestens gleich wirksam sind, das Regulierungsziel zu erreichen. Zwingend zu berücksichtigen sind aber die Rechtsdurchsetzungskosten, die auf Seiten *privater Rechtsdurchsetzer* entstehen. So verursachen privatrechtliche Regulierungsinstrumente, die mit hohen Beweisanforderungen einhergehen (z. B. Schadensersatzansprüche mit Vorsatzerfordernis ohne Beweiserleichterung), für die Kläger einen hohen Rechtsdurchsetzungsaufwand, der eine Beeinträchtigung ihrer Grundrechte, etwa der allgemeinen Handlungsfreiheit oder der Berufsfreiheit, bedeuten kann. Regulierungsinstrumente, welche die Rechtsdurchsetzung durch Private erleichtern, sind unter dem Gesichtspunkt der Rechtsdurchsetzungskosten deshalb mildere Mittel.¹²⁹

¹²⁵ Siehe z. B. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip (1988), S. 52–56; Clérico, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 119–134; Dechsling, Das Verhältnismäßigkeitsgebot (1989), S. 69–72; Klement, AöR 134 (2009), 35, 68; Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht² (1999), S. 22 f.; Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), S. 212 f.

¹²⁶ Kube, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 114 Rn. 104 m. w. N.; a. A. v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip (1988), S. 82–86 und passim.

¹²⁷ Siehe aber unten S. 626 zur Möglichkeit einer optionalen Berücksichtigung.

¹²⁸ Dazu auch Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt (2002), S. 103, 119.

¹²⁹ Dabei ist aber die staatliche Selbstvornahme – z. B. ein staatliches Entschädigungsverfahren, in welchem der Staat Schädiger mit einer Abgabe belastet und diese dann an Geschädigte ausschüttet – kein milderes Mittel, weil lediglich alternative *Regulierungsinstrumente* in den Vergleich einzustellen sind; siehe oben S. 610.

b. Unzulässige Kriterien

Der Regulierungsadressat kann sich dagegen nicht darauf berufen, dass alternative Regulierungsinstrumente eine höhere *Fehlertoleranz* (z. B. eine geringere Entdeckungswahrscheinlichkeit von Rechtsverstößen) aufweisen oder die Zielerreichung schlechter zu *verifizieren* sei. Diese Umstände führen zwar dazu, dass der Regulierungsadressat durch die Regulierung weniger beeinträchtigt wird. Dies beruht jedoch darauf, dass das Regulierungsziel häufiger verfehlt wird. Da der durch das Regulierungsziel als solches verursachte Grundrechtseingriff aber bei der Bestimmung des milderen Mittels nicht zu beachten, sondern gerade Gegenstand der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist, dürfen diese Aspekte beim Vergleich der Regulierungsinstrumente keine Rolle spielen.

Fraglich ist, ob die *Rechtssetzungskosten* bei der Bestimmung des milderen Mittels berücksichtigt werden dürfen. Wäre dies der Fall, könnte der Gesetzgeber etwa geltend machen, dass er ein bestimmtes Regulierungsinstrument wählen durfte, das zwar die Grundrechte des Norm- oder Regulierungsadressaten stärker beeinträchtigt als alternative Instrumente, dafür aber geringeren Gesetzgebungsaufwand erforderte. Im Ergebnis ist dies abzulehnen; Rechtssetzungskosten dürfen für die Bestimmung des milderen Mittels keine Rolle spielen. Zeigt der Instrumentenvergleich, dass es ein wirksames Regulierungsinstrument gibt, das die Grundrechte der Betroffenen und andere zwingende Gemeinwohlbelange am wenigsten beeinträchtigt, so muss der Gesetzgeber dieses Instrument wählen und kann nicht ein alternatives Mittel mit der Begründung wählen, dadurch sei das Gesetzgebungsverfahren verkürzt worden. Strikt davon zu trennen ist das Recht des Gesetzgebers, pauschalierende Regulierung vorzunehmen, um dadurch die *Rechtsdurchsetzungskosten* zu senken. Pauschalierende Gesetzgebung zur Entlastung der Verwaltung kann der Gesetzgeber zu einem optionalen Kriterium erheben.¹³⁰ Dient die Pauschalierung dagegen allein dem Zweck, das Gesetzgebungsverfahren zu beschleunigen, ist sie unzulässig, sofern dadurch Grundrechte oder andere zwingende Gemeinwohlbelange beeinträchtigt werden.

c. Optionale Kriterien

Wird dem Gesetzgeber das Recht zuerkannt, optionale Kriterien heranzuziehen, bedeutet dies, dass er für den konkreten Einzelfall „Nebenzwecke“ der Regulierung festlegen darf. So könnte etwa der Gesetzgeber, der als Regulierungsziel eine Stärkung des Güterfernverkehrs verfolgt, dazu den Nebenzweck definieren, bestimmte Kulturlandschaften möglichst wenig zu beeinträchtigen. Wird ein solcher Nebenzweck verfassungsrechtlich anerkannt, hat dies zur Folge, dass ein Regulierungsinstrument, das z. B. für die Unternehmer höhere Kosten verursacht (z. B. ein Geschwindigkeitslimit umfasst), aber dadurch den Nebenzweck erreicht, während sämtliche anderen in Betracht kommenden Regulierungsin-

¹³⁰ Dazu sogleich unter S. 626.

strumente diesen verfehlen, als das allein mildeste Mittel gilt und damit verfassungsrechtlich zulässig ist. Dem Nebenzweck kommt damit die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes zu.

Die Gefahr einer gesetzgeberischen Kompetenz zur Definition von Nebenzwecken besteht darin, dass damit das Erforderlichkeitsgebot ausgehebelt werden kann, wenn der Gesetzgeber Nebenzwecke „taktisch“ einsetzt, d.h. allein zu dem Ziel verwendet, ein bestimmtes, an sich nicht mildes Regulierungsinstrument zu dem mildesten zu machen.¹³¹ Allerdings hat der Gesetzgeber ohnehin das Recht, die Inhalte der Nebenzwecke zu eigenständigen Regulierungszielen zu erheben, solange diese nur nicht gegen die Verfassung verstoßen. Dann muss es ihm grundsätzlich auch möglich sein, solche Belange zu Nebenzwecken zu machen, also beim Erlass einer Norm, die primär ein anderes Ziel verfolgt, besondere Rücksicht auf ein zweites Ziel zu nehmen. Dafür spricht auch das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung,¹³² das von dem Gesetzgeber (bzw. unterschiedlichen Gesetzgebern im föderalen System) verlangt, keine in ihren Folgen (in der Terminologie dieser Studie: ihrer „Regulierungswirkung“), widersprüchlichen Normbefehle zu erlassen. Möchte der Gesetzgeber diesem Gebot nachkommen, kann er dies tun, indem er das Regulierungsziel A bei der Verfolgung von Regulierungsziel B zu einem Nebenzweck erklärt und damit verhindert, dass das zur Verfolgung von B eingesetzte Regulierungsinstrument Nebenwirkungen entfaltet, die die Erreichung von Regulierungsziel A beeinträchtigen und damit die gesamte Regulierung als widersprüchlich erscheinen lassen. Das BVerfG spricht dem Gesetzgeber ausdrücklich die Kompetenz zur Definition solcher Nebenzwecke zu, sofern diese nur „im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten [hervortreten]“.¹³³ Durch dieses Erfordernis wird die Gefahr begrenzt, dass der Gesetzgeber nachträglich im verfassungsgerichtlichen Verfahren Nebenzwecke „erfindet“, um das Gesetz gegen die verfassungsgerichtliche Kontrolle zu immunisieren.

Daraus ergibt sich zugleich, dass entgegen der h.M.¹³⁴ *positive Nebenwirkungen* von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich nur dann zur Bestimmung des milderer Mittels herangezogen werden können, wenn der Gesetzgeber vor Erlass des Gesetzes diese Nebenwirkung zu einem Nebenzweck der Regulierung gemacht hat. Andernfalls könnten an sich verfassungswidrige Gesetze nachträglich durch zufällige und nicht angestrebte Nebenwirkungen verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.¹³⁵ Etwas anderes kann nur in dem bereits erwähnten Fall

¹³¹ Engel, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 115.

¹³² Dazu ausführlich oben S. 262 ff.

¹³³ BVerfGE 30, 292, 318.

¹³⁴ Siehe Nachweise S. 621, Fn. 122.

¹³⁵ Dies ist insbesondere bei solchen Nebenwirkungen problematisch, die nur dann „positiv“ sind, wenn sie politisch gewollt sind, so etwa bei distributiven Folgen von Regulierung. Bewirkt etwa ein Regulierungsinstrument, welches das Ziel verfolgt, Wohnungsnot zu bekämpfen (z.B. ein temporärer Ausschluss ordentlicher Kündigungen von Mietwohnungen),

gelten, in dem die positive Nebenwirkung Kehrseite einer negativen Nebenwirkung ist und diese abmildert oder ausgleicht.¹³⁶

Ein wichtiger Fall eines zulässigen optionalen Nebenzwecks ist die *Vermeidung von Verwaltungsaufwand*, insbesondere durch pauschalierende oder typisierende Regulierung. Die Zulässigkeit dieses Nebenzwecks ergibt sich daraus, dass der Gesetzgeber Einsparungen auch zu einem primären Regulierungsziel erheben darf,¹³⁷ so dass er dieses Ziel auch als Nebenzweck bei der Verfolgung anderer Regulierungsziele definieren kann. Der Gesetzgeber ist allerdings von Verfassungen wegen nicht gezwungen, eine pauschalierende Regelung zu treffen, auch wenn im konkreten Fall der dadurch verursachte Verwaltungsaufwand geringer wäre als bei einem alternativen Regulierungsinstrument, das etwa eine Einzelfallprüfung vorsieht.¹³⁸ Er darf aber die politische Entscheidung treffen, die Reduzierung von Verwaltungsaufwand zu einem Nebenzweck der Regulierung zu machen.¹³⁹ Tut er dies, folgt daraus, dass ein pauschalierendes Regulierungsinstrument, das im Einzelfall aus Sicht der Grundrechtsträger nicht milder wäre, als mildestes Mittel gilt und damit verfassungsrechtlich zulässig ist.¹⁴⁰

d. Durchführung des Vergleichs

Obwohl die Untersuchung der mindestens gleich wirksamen Regulierungsinstrumente auf ihre Milde den zentralen rechtsstaatlichen Kontrollmaßstab für die gesetzgeberischen Regulierungsentscheidungen bildet, wird der konkrete Vergleich durch eine Vielzahl gesetzgeberischer Wertungen determiniert. Anders als beim Wirksamkeitsvergleich zielt der Vergleich der Regulierungsinstrumente auf ihre Milde seiner Struktur nach darauf ab, ein einzelnes Regulierungsinstrument als das „mildeste“ auszuweisen.¹⁴¹ Da aber die Milde nach den gerade erarbeiteten Kriterien nicht nur von der Grundrechtsposition eines Einzelnen,

als Nebenwirkung eine wirtschaftliche Umverteilung von Vermietern zu Mietern, so ist dies nur dann eine „positive“ Nebenwirkung, wenn der Gesetzgeber tatsächlich entsprechende verteilungspolitische Ziele verfolgt. Eine solche politische Entscheidung muss sich bereits beim Erlass des Gesetzes in irgendeiner Weise manifestiert haben und kann nicht erst im Rahmen des verfassungsgerichtlichen Verfahrens getroffen werden.

¹³⁶ Dazu oben S. 621 f.

¹³⁷ Siehe nur BVerfGE 76, 220, 240.

¹³⁸ Siehe oben S. 623.

¹³⁹ Der Vorschlag von N. Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle (2015), S. 70, derartige Fragen auf die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne zu verschieben, hat demgegenüber den Nachteil, dass das BVerfG und nicht der Gesetzgeber entscheidet, ob Verwaltungskosten relevant sein sollen.

¹⁴⁰ Die Pauschalierungs- und Typisierungskompetenz des Gesetzgebers erkennt das BVerfG in ständiger Rspr. an; vgl. BVerfGE 11, 245, 254; 17, 1, 23; 21, 12, 27; 63, 119, 128; 78, 214, 226 f.

¹⁴¹ Zwar wird konkret nur geprüft, ob das vom Gesetzgeber gewählte Regulierungsinstrument das mildeste ist, aber wenn sich zeigt, dass es mehrere mildere Mittel gibt, so ist damit zugleich gesagt, dass unter diesen nur das „mildeste“ erforderlich ist. Denn würde der Gesetzgeber ein anderes Regulierungsinstrument wählen, das zwar milder als das ursprüngliche, aber

sondern auch von den Grundrechten Dritter sowie von zwingenden und optionalen Gemeinwohlbelangen abhängt, ergibt sich nur dann ein positiv eindeutiges Vergleichsergebnis, wenn ein einzelnes Regulierungsinstrument in Hinblick auf sämtliche im konkreten Fall relevanten Kriterien „milder“ ist als alle anderen Alternativinstrumente. Ein negativ eindeutiges Vergleichsergebnis ergibt sich, wenn es in Hinblick auf sämtliche im konkreten Fall relevanten Kriterien jeweils alternative Regulierungsinstrumente (wenn auch möglicherweise nicht ein und dasselbe) gibt, die milder sind als das vom Gesetzgeber gewählte Regulierungsinstrument.¹⁴² Sofern aber ein alternatives Regulierungsinstrument mit Blick auf ein Kriterium milder, in Hinsicht auf ein anderes Kriterium dagegen weniger mild ist als das vom Gesetzgeber gewählte Regulierungsinstrument, ergibt die Erforderlichkeitsprüfung kein eindeutiges Ergebnis.¹⁴³

Eine Teilmenge dieses Problems, nämlich diejenigen Fälle, in denen das grundsätzlich mildeste Mittel aufgrund einer Sonderkonstellation den konkret Betroffenen oder einen Gemeinwohlbelang besonders stark beeinträchtigt, lässt sich mithilfe der gesetzgeberischen Typisierungs- und Pauschalierungskompetenz lösen. So soll nach der wohl herrschenden Auffassung bei der Überprüfung von Gesetzen anhand des Erforderlichkeitsgebots allein die „durchschnittliche Milde“ als Maßstab dienen¹⁴⁴ und das BVerfG spricht dem Gesetzgeber die Kompetenz zu, generalisierende Regelungen zu erlassen, die Sonderfälle nicht berücksichtigen.¹⁴⁵

Das Hauptproblem kann damit aber nicht gelöst werden. Es besteht darin, dass Maximen, die die Optimierung von mehr als einem Prinzip (z. B. Grundrechte und Gemeinwohlbelange) verlangen, nicht als Entscheidungsregel verwendbar sind.¹⁴⁶ Soll das Erforderlichkeitsgebot als harte Schranke die Auswahl von Regulierungsinstrumenten durch den Gesetzgeber begrenzen, sind Zusatzregeln erforderlich, die entscheiden, welchem oder welchen von mehreren konfligierenden Prinzipien im Einzelfall der Vorzug zu geben ist.¹⁴⁷ Dies kann erstens allein mit Blick auf die abstrakte Wertigkeit der im Konflikt stehenden Prinzipien geschehen. Diesen Weg wählt, wer in der Beeinträchtigung eines allgemeinen Auffanggrundrechts (insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG) gegenüber der Eröffnung

eben nicht das mildeste ist, wäre dieses wiederum nicht erforderlich (sofern es nicht zugleich wirksamer als das mildeste Mittel ist).

¹⁴² Vgl. *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 86.

¹⁴³ *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 71.

¹⁴⁴ *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 93; *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 66.

¹⁴⁵ BVerfGE 17, 232, 245; 37, 1, 22. Zu den Grenzen siehe aber BVerfGE 63, 119, 128.

¹⁴⁶ *Hirschberg*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1981), S. 67 f. Demgegenüber vertritt *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 445, 456–458 die Auffassung, die Erforderlichkeitsprüfung komme ohne eigenständige Bewertungen aus, und geht daher offenbar davon aus, dass es sich um eine Entscheidungsregel handelt.

¹⁴⁷ Für einen Versuch, solche Zusatzregeln zu formulieren, siehe *Clérico*, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit (2001), S. 91–111.

des Schutzbereichs eines speziellen Freiheitsrechts ein milderer Mittel sieht¹⁴⁸ oder verfassungsrechtlich zwingend vorgegebenen Prinzipien einen Vorrang vor durch den Gesetzgeber selbst definierten Nebenzwecken einräumt.¹⁴⁹ Zweitens ist es denkbar, auf das konkrete Ausmaß der Beeinträchtigung abzustellen, so dass etwa ein solches Mittel als milder gilt, welches zwar die Grundrechte des Betroffenen geringfügig stärker belastet, dafür aber erheblich weniger Verwaltungsaufwand verursacht.¹⁵⁰ Drittens können diese Regeln kombiniert werden und sowohl die Wertigkeit als auch das Ausmaß der konkreten Beeinträchtigung berücksichtigt werden, so dass es zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs z. B. nicht ausreicht, dass dadurch der Verwaltungsaufwand geringfügig reduziert werden kann, während andersherum bereits eine geringfügige Verbesserung der Situation des Grundrechtsträgers einigen zusätzlichen Verwaltungsaufwand rechtfertigen würde. Viertens ist es schließlich auch möglich, einen utilitaristischen intersubjektiven Nutzenvergleich anzustellen.¹⁵¹ Ein solcher könnte z. B. ergeben, dass das Interesse der Allgemeinheit daran, die Namen und Gesichter von Straftätern zu kennen, den darin liegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Täter überwiegt und deshalb ein öffentlicher Pranger (z. B. im Internet) als Regulierungsinstrument zur Verfolgung des Regulierungsziels Verringerung von Kriminalität erforderlich ist.

Die Schwierigkeit mit solchen Zusatzregeln besteht darin, dass sich diese kaum eindeutig aus der Verfassung ableiten lassen.¹⁵² Will man deshalb auf derartige abstrakte Vorgaben verzichten, bleibt als Alternative eine Abwägung der konfligierenden Interessen im Einzelfall. Das BVerfG geht diesen Weg und räumt dabei dem Gesetzgeber einen weitreichenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum ein.¹⁵³ Damit werden im Ergebnis in allen Fällen, in denen mehrere Nebenzwecke der Regulierung miteinander in Konflikt stehen, die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Auswahl von Regulierungsinstrumenten gelockert, weil es dem Gesetzgeber überlassen bleibt, die konfligierenden Prinzipien untereinander und in ihrem Verhältnis zum eigentlichen Regulierungsziel zu gewichten. Es scheint aber trotzdem richtig, die verfassungsrechtliche Kontrolle in diesen Fällen darauf zu beschränken, ob die vom Gesetzgeber getroffene Abwägung grundrechtliche oder andere von der Verfassung (etwa durch Art. 79 Abs. 3 GG) unter besonderen Schutz gestellte öffentliche Belange in ihrem Kernbereich

¹⁴⁸ Siehe dazu z. B. *Michael*, JuS 2001, 148, 149.

¹⁴⁹ In diese Richtung *Engel*, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt* (2002), S. 103, 115.

¹⁵⁰ Vgl. *Clérico*, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit* (2001), S. 131 f.

¹⁵¹ So *Dechsling*, *Das Verhältnismäßigkeitsgebot* (1989), S. 68, der die Anwendung des Kaldor-Hicks-Kriteriums (zu diesem oben S. 34, Fn. 134) zur Lösung des Konflikts zwischen unterschiedlichen Nebenzielen vorschlägt. Gegen einen interpersonellen Nutzenvergleich *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht* (1976), S. 210 f.

¹⁵² Vgl. *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG (2001), Bd. II, S. 445, 453 f.

¹⁵³ Siehe z. B. BVerfGE 7, 377, 442; 25, 1, 19 f.; 37, 1, 21; 64, 72, 85; 77, 84, 109; 81, 70, 90 f.; 90, 145, 173, 182.

beeinträchtigt.¹⁵⁴ Denn eine darüber hinausgehende materiell-verfassungsrechtliche Kontrolle liefe letztlich darauf hinaus, die Gewichtung unterschiedlicher Gemeinwohlbelange aus dem Grundgesetz deduzieren zu wollen. Demgegenüber erscheint es überzeugender, im Sinne des offenen Gemeinwohlbegriffs¹⁵⁵ dem demokratischen Gesetzgeber innerhalb des Staates die primäre Kompetenz zur Konkretisierung des Gemeinwohls zuzusprechen.¹⁵⁶

Damit kann der Gesetzgeber Regulierungsinstrumente in den meisten Fällen nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, nämlich gemäß seinen politischen Präferenzen, auswählen.

III. Regulatorisches Privatrecht im „Baukasten des Gesetzgebers“

Abschließend soll auf Grundlage der Ergebnisse der beiden vorstehenden Abschnitte die Rolle konkretisiert werden, die das Privatrecht bzw. privatrechtliche Regulierungsinstrumente im „Baukasten des Gesetzgebers“ spielen. Während im ersten Abschnitt gezeigt wurde, unter welchen Voraussetzungen privatrechtliche Regulierungsinstrumente im Vergleich zu anderen Regulierungsinstrumenten zweckmäßiger oder weniger zweckmäßig sind, wurde im zweiten Abschnitt untersucht, wann der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten ist, sich privatrechtlicher Regulierungsinstrumente zu bedienen und wann andere Instrumente erforderlich sind. Aus beiden Untersuchungen lassen sich keine einfachen Daumenregeln für oder gegen den Einsatz von Privatrecht ableiten. Vielmehr zeigt sich, dass privatrechtliche Regulierungsinstrumente immanenter Bestandteil des umfassenden gesetzgeberischen Baukastens sind und wie alle anderen Instrumente letztlich nur mit Blick auf konkrete Regulierungsziele und Begleitumstände aussagekräftig evaluiert werden können.¹⁵⁷

Trotzdem soll im Folgenden versucht werden, die Einsatzmöglichkeiten privatrechtlicher Regulierungsinstrumente im Vergleich zu Instrumenten der hoheitlichen Steuerung (d. h. zu den Instrumenten des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts) ausgehend von den Besonderheiten des Privatrechts generalisierend

¹⁵⁴ Ausführlich zur Reichweite des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums in der Wirtschaftsregulierung *Hecker*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 231–234.

¹⁵⁵ Siehe dazu oben S. 241 ff.

¹⁵⁶ Ähnlich *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht (1976), S. 211: „Wo Entscheidungen nicht methodisch und rational begründet und verworfen werden können, wo sie nicht auf ein Erkenntnis-, sondern auf ein Willensproblem antworten, da ist zu ihnen nur der Gesetzgeber legitimiert.“

¹⁵⁷ Für generalisierende Argumente für und gegen private Rechtsdurchsetzung im Allgemeinen siehe einerseits *Becker/Stigler*, 3 J. Leg. Stud. 1 (1974) (für private Rechtsdurchsetzung auch bei Straftaten) und andererseits *Landes/Posner*, 4 J. Leg. Stud. 1 (1975) (gegen private Rechtsdurchsetzung wegen der Gefahr übermäßiger Rechtsdurchsetzung).

darzustellen. Dabei lassen sich drei Konstellationen unterscheiden: Privatrechtliche Regulierung kann erstens anstatt hoheitlicher Steuerung eingesetzt werden (dazu unter 1.), zweitens kann privatrechtliche Regulierung hoheitliche Steuerung komplementieren (dazu unter 2.) und drittens kann privatrechtliche Regulierung in Bereichen eingesetzt werden, in denen hoheitliche Steuerung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen keine Wirkung entfalten kann oder politisch inopportun scheint (dazu unter 3.).

1. Privatrecht als Alternative zur hoheitlichen Steuerung

Die systematische Analyse unterschiedlicher Regulierungsinstrumente hat gezeigt, dass privatrechtliche Regulierung grundsätzlich für alle möglichen Regulierungsziele in Betracht kommt, selbst wenn der Gesetzgeber weitere qualifizierende Anforderungen an die Zielgenauigkeit oder die Kosten der Regulierung definiert.¹⁵⁸ Privatrechtliche Regulierungsinstrumente weisen aber gegenüber der hoheitlichen Steuerung einige Besonderheiten auf, die dazu führen, dass sie in bestimmten Konstellationen der hoheitlichen Steuerung überlegen, ihr in anderen dagegen unterlegen sind.¹⁵⁹

An erster Stelle ist das Erfordernis eines subjektiven Rechts (ggf. auch einer sonstigen subjektiven Rechtsposition, etwa einer rechtsvernichtenden Einwendung) bzw. eines individuellen Schadens als Voraussetzung privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung zu nennen. Hierin wird in der Diskussion zumeist eine Begrenzung der Möglichkeiten des regulatorischen Einsatzes von Privatrecht gesehen. So wird insbesondere geltend gemacht, dass eine Rechtsdurchsetzung durch Schadensersatzansprüche einen individuellen Schaden voraussetze.¹⁶⁰ Aus gesetzgeberischer Sicht handelt es sich allerdings nicht um eine entscheidende Einschränkung; vielmehr steht es dem Gesetzgeber frei, in regulatorischer Absicht subjektive Rechte oder Rechtspositionen zu schaffen. Beispiele sind die Unterlassungsansprüche aus §§ 1, 1a, 2, 2a UKlaG, die spezielle Verbände sowie die Industrie- und Handelskammern bzw. die Handwerkskammern zur Rechtsdurchsetzung im Interesse von Verbrauchern oder Unternehmen ermächtigen, und die Ansprüche aus §§ 8, 10 UWG, die zusätzlich auch Konkurrenten berechtigen. Diese Beispiele zeigen, dass Hürden wie das Erfordernis einer individualschüt-

¹⁵⁸ Siehe oben S. 565 ff.

¹⁵⁹ Siehe dazu auch bereits Hecker, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 100–102; Kirchner, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 63, 70 f.; Kloepper, NuR 1990, 337 ff.; Medicus, NuR 1990, 145 ff.; Ott/Schäfer, in: dies. (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999), S. 131, 148–152; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 434–450.

¹⁶⁰ Hecker, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht (2007), S. 100; Kloepper, NuR 1990, 337, 340; siehe auch Hellgardt, in: Ringe/P. M. Huber (Hrsg.), Legal Challenges in the Global Financial Crisis (2014), S. 157, 165. Demgegenüber unterscheidet Klöhn, in: Schulze (Hrsg.), Compensation of Private Losses (2011), S. 179, 182 f. zwischen „victim rights“ und „common good rights of action“.

zenden Norm in § 823 Abs. 2 BGB¹⁶¹ lediglich den regulatorischen Einsatz von Privatrecht durch die Gerichte betreffen, während es dem Gesetzgeber möglich ist, jenseits solcher Voraussetzungen subjektive Privatrechtspositionen mit regulatorischer Intention zu begründen.

Während der Gesetzgeber die für den regulatorischen Einsatz von Privatrecht erforderliche Aktivlegitimation also relativ leicht schaffen kann, bereiten die Fälle, in denen die Passivlegitimation unklar ist, größere Probleme. Dies betrifft Konstellationen, in denen weder ein abgrenzbarer Kreis an Regulierungsadressaten existiert, noch spezifische Handlungen herbeigeführt oder verhindert werden sollen, sondern ein durch ein Zusammenwirken Vieler verursachter Erfolg (positives oder negatives) Regulierungsziel ist, z.B. die Begrenzung der Erderwärmung. Die Probleme ergeben sich in diesen Fällen aus den tatsächlichen Umständen, insbesondere den Schwierigkeiten, naturwissenschaftliche Kausalverläufe als Grundlage für einen gerichtlichen Beweis oder Entlastungsbeweis belegen zu können.¹⁶² Es ist deshalb kaum möglich, Einzelne privatrechtlich für ihre persönlichen Beiträge zu derartigen unerwünschten Erfolgen zur Verantwortung zu ziehen. Auch wenn infolgedessen direkte (Schadensersatz-)Ansprüche ausscheiden, kann der Gesetzgeber etwa durch den gezielten Einsatz von Vertragsrecht erhebliche Regulierungswirkungen auf die Allgemeinheit entfalten, z.B. durch zwingendes Miet- oder Immobilienkaufrecht Anreize zu energieeffizientem Verhalten setzen.¹⁶³ Durch derartige Vorschriften kann der Gesetzgeber die Struktur von Märkten oder die Eigenschaften der gehandelten Produkte beeinflussen und damit eine erhebliche regulatorische Breitenwirkung erzielen. Der Einsatz von Vertragsrecht zur Regulierung ermöglicht es, in jedem Einzelfall den Regulierungsadressaten klar zu bestimmen, selbst bzw. gerade in solchen Konstellationen, in denen die erwünschte Regulierungswirkung darin besteht, *flächendeckend* bestimmte Verhaltensweisen zu verändern. In diesen Bereichen weist das Privatrecht erhebliche Vorteile gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Regulierung auf, denn während in jeder Vertragsbeziehung mit dem Vertragspartner ein potentieller Rechtsdurchsetzer existiert, dem es regelmäßig auch möglich ist, ohne größeren Aufwand die Einhaltung der regulatorischen Vertragsrechtsnorm zu überprüfen, sind Behörden grundsätzlich nicht in der Lage, in gleichem Um-

¹⁶¹ Dazu *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 46–49; *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 488–491.

¹⁶² Vgl. *Ott/Schäfer*, in: dies. (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999), S. 131, 149.

¹⁶³ So sieht etwa § 16 Abs. 2 EnEV eine Pflicht des Verkäufers/Vermieters von Immobilien vor, dem Kauf-/Mietinteressenten einen Energieausweis vorzulegen. Diese Pflicht ist bußgeldbewehrt und wird deshalb als öffentlich-rechtliche Pflicht klassifiziert; vgl. *Söfker*, in: *Daner/Theobald*, Energierecht (Stand: 84. EL., 2015), § 16 EnEV Rn. 19. Es erscheint aber nicht ausgeschlossen, in einem Verstoß gegen diese Regelung auch eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten mit der Folge einer Haftung aus §§ 280, Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu sehen.

fang die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorgaben zu kontrollieren und ggf. Maßnahmen zu ergreifen.

Damit ist der Unterschied zwischen zentraler (behördlicher) und dezentraler (privater) Rechtsdurchsetzung angesprochen.¹⁶⁴ Regulatorisches Privatrecht als Mittel der dezentralen Rechtsdurchsetzung weist nicht nur Vorteile im Bereich der gerade erwähnten alltäglichen Regulierungsziele auf, bei denen im Verwaltungsrecht ein notorisches Vollzugsdefizit herrscht, weil es weder vom Aufwand noch von der damit einhergehenden Freiheitseinschränkung denkbar erscheint, an jeder Straßenecke, in jedem Geschäft und teilweise darüber hinaus (man denke etwa an Verstöße gegen das Urheberrecht durch Raubkopien etc.) einen Polizeibeamten zu postieren, der überwacht, ob die vielfältigen rechtlichen Vorgaben eingehalten werden.¹⁶⁵ Privatrecht eignet sich auch besonders gut, um auf neue tatsächliche Entwicklungen zu reagieren und diese erstmals Regeln zu unterwerfen. Der Grund dafür ist, dass Zivilgerichte regulatorische Vorgaben anhand eines konkret aufgetretenen Sachverhalts und daher (in Bezug auf diesen Sachverhalt) ex post entwickeln, während öffentlich-rechtliche Vorgaben durch den Gesetzgeber oder die Behörde ex ante gemacht werden müssen. Indem der Gesetzgeber im Privatrecht Generalklauseln oder offene Rechtsbegriffe wie „Treu und Glauben“ oder die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt“ verwendet, ermöglicht er es den Zivilgerichten, flexibel auf das Auftreten neuer Phänomene (z. B. Inline-Skates im Straßenverkehr¹⁶⁶ oder Kaufverträge bei Internetauktionen zu Preisen, die ein grobes Missverhältnis zum Wert der Sache aufweisen¹⁶⁷) mit neuen regulatorischen (oder interessenausgleichenden) Verhaltensstandards zu reagieren. Damit ist es zugleich (und unabhängig von der Neuheit des regulierten Phänomens) möglich, für den Einzelfall eine „Feinsteuerung“ zu erreichen, die sogar Verhaltensweisen einzelner Unternehmen betreffen kann und daher die Möglichkeiten öffentlich-rechtlicher Normsetzung regelmäßig überfordern würde.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Siehe dazu aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts *Posner*, in: Kessler (Hrsg.), *Regulation versus Litigation* (2011), S. 11 ff.; *Shleifer*, in: Kessler (Hrsg.), *Regulation versus Litigation* (2011), S. 27 ff.

¹⁶⁵ Vgl. *Medicus*, NuR 1990, 145, 146; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 441–445.

¹⁶⁶ Siehe dazu BGHZ 150, 201 und nunmehr § 24 Abs. 1 StVO: Inline-Skater unterliegen den Regeln für Fußgänger.

¹⁶⁷ Siehe dazu BGH NJW 2012, 2723 f.; NJW 2015, 548, 549: Ein solches grobes Missverhältnis lässt – anders als bei sonstigen Kaufverträgen – nur bei Hinzutreten weiterer Umstände den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung zu, die zu einer Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB führt.

¹⁶⁸ Für ein Beispiel siehe den Beitrag *Kirchhoff*, NJW 2005, 1548 ff., in dem ein Richter des AG Darmstadt die Rechtsprechung seines (örtlich für Klagen gegen den größten deutschen Internetprovider zuständigen) Gerichts zum Rechtsschutz bei Sperrung eines Internet-Zugangs schildert. Diese Rechtsprechung enthält letztlich Vorgaben an das spezifische Unternehmen (z. B. in welchen Fällen der Internet-Zugang bei bestrittenen Gebührenforderungen gesperrt werden darf), die ggf. auch mit regulatorischer Intention eingesetzt werden können, z. B. um

Das Privatrecht eignet sich auch aus verfassungsrechtlichen Gründen besser als das Öffentliche Recht für eine ex post-Regulierung. Denn aufgrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots und des Rückwirkungsverbots können neu aufgetretene Probleme nur mit den bestehenden Instrumentarien der Eingriffsverwaltung angegangen werden. Dies führt etwa bei der Umgehung von regulatorischen Vorschriften zu Problemen, da im gesamten Eingriffsverwaltungsrecht und insbesondere im Ordnungswidrigkeitenrecht ein Verbot der belastenden Analogie gilt.¹⁶⁹ Demgegenüber können Gesetzesumgehungen im Privatrecht mit den Instrumenten der gesetzesimmanenten und der gesetzesübersteigenden Analogie umfassend aufgefangen werden.¹⁷⁰

Die Möglichkeit einer ex post-Regulierung mittels Privatrecht erlaubt dem Gesetzgeber in einem gewissen Ausmaß auch, das Regulierungsziel für gesellschaftliche Einflüsse zu öffnen. Dies entspricht dem offenen Gemeinwohlbegriff, der auch der Gesellschaft einen wesentlichen Anteil an der Konkretisierung des Gemeinwohls zuweist.¹⁷¹ Mit der Verwendung von Begriffen wie den „guten Sitten“ oder dem Verweis auf die „Verkehrssitte“ inkorporiert der Privatrechtsgesetzgeber gesellschaftliche Wert- und Verhaltensmaßstäbe und versieht sie mit regulatorischer Wirkung. Damit hat es die Gesellschaft in begrenztem Umfang selbst in der Hand, durch einen Wandel der Anschauungen den Inhalt verhaltenssteuernder Vorgaben des Privatrechts zu beeinflussen.¹⁷²

Teilweise wird aus der Eignung des Privatrechts zur ex post-Regulierung der Gegenschluss gezogen, dass regulatorisches Privatrecht „die Einhaltung eines bestimmten Verhaltensstandards ex ante nicht zu gewährleisten und schon gar nicht zu garantieren vermag“.¹⁷³ Dies trifft aber aus Sicht des Gesetzgebers nicht zu. Möchte der Gesetzgeber eine ex ante-Regulierung treffen, die den Verhaltensstandard bereits vollständig enthält, so scheidet lediglich die Verwendung von privatrechtlichen (ebenso wie etwa polizeirechtlichen) *Generalklauseln* aus. Detaillierte Verhaltensvorgaben können aber nicht nur im Verwaltungsrecht gemacht werden, sondern etwa auch im Rahmen privatrechtlicher Unterlassungs- oder Schadensersatzansprüche. Beispiele im geltenden Recht sind die detaillierten Auflistungen in § 4 und im Anhang zum UWG oder die Regelbeispiele in § 93 Abs. 3 AktG. Auch die Möglichkeit einer Behörde, präventiv gegen drohende Verletzungen solcher Verhaltensstandards tätig zu werden, stellt keine Besonder-

im öffentlichen Interesse sicherzustellen, dass alle Haushalte über einen funktionsfähigen Internetanschluss verfügen.

¹⁶⁹ Dazu BVerfG NJW 1996, 3146. Speziell zum Verbot der sanktionsbegründenden Analogie *Rogal*, in: KarlsruKomm. OWiG⁴ (2014), § 3 Rn. 51 m. w. N.

¹⁷⁰ Grundlegend *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung (1962), S. 78–104.

¹⁷¹ Siehe oben S. 243 f. sowie S. 561 f.

¹⁷² Zu den Schwierigkeiten, den parallelen Begriff der „öffentlichen Ordnung“ im Polizeirecht verfassungskonform zu konkretisieren, siehe *Waechter*, NVwZ 1997, 729 ff.

¹⁷³ *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 437. Ähnlich bereits *Kirchner*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 63, 69; *Kloepfer*, NuR 1990, 337, 339.

heit des Öffentlichen Rechts dar. Private können grundsätzlich ebenfalls im Wege zivilgerichtlichen Eilrechtsschutzes präventiv gegen drohende Rechtsverletzungen vorgehen, und die Möglichkeiten eines Polizeivollzugsbeamten vor Ort finden in gewissem Umfang ihre Entsprechung im privatrechtlichen Selbsthilferecht gemäß § 229 BGB. Selbstverständlich bietet die Steuerung durch Verwaltungsrecht in vielen Fällen praktische Vorteile, die insbesondere mit den erweiterten Rechtserzwingungsmöglichkeiten der Polizei in konkreten Situationen zusammenhängen. Normtechnisch ist der wesentliche Unterschied, dass Behörden (inkl. Vollzugsbeamte) mit dem Verwaltungsakt sich selbst einen vollstreckbaren Titel schaffen können, den der Regulierungsadressat aktiv rechtlich angreifen muss, während ein privater Rechtsdurchsetzer seinerseits zunächst gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen muss, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen. Dieser zeitliche Vorteil ist in solchen Situationen relevant, in denen eine sofortige Vollstreckung in Betracht kommt. Kommt es dagegen für das Regulierungsziel auf den Zeitpunkt der Vollstreckung nicht an oder geht es um unvertretbare Handlungen, deren Vornahme durch die Verhängung von Ordnungsgeldern erzwungen werden muss, bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen einem direkt erlassenen Verwaltungsakt und einem zivilgerichtlichen Urteil bzw. einer einstweiligen Verfügung.

Eine wesentliche Voraussetzung für den regulatorischen Einsatz von Privatrecht besteht aber darin, dass sich das Regulierungsziel mittels einer einzigen individuellen Rechtsposition verwirklichen lassen muss. In ökonomischer Terminologie ausgedrückt, muss es möglich sein, die Gewinne und Kosten der Rechtsdurchsetzung vollständig beim privaten Rechtsdurchsetzer zu internalisieren. Besteht etwa das Regulierungsziel darin, umweltschädliche Emissionen (unabhängig von einem gewissen Ort) zu reduzieren, so genügt es nicht, wenn ein einzelner Privater mittels eines privatrechtlichen Anspruchs durchsetzt, dass Immissionen auf sein Grundstück unterbleiben, wenn dadurch nur erreicht wird, dass in gleichem Umfang Schadstoffe an einem anderen Ort ausgestoßen werden. Privatrechtliche Regulierungsinstrumente sind deshalb ungeeignet, wenn die Gefahr von negativen externen Effekten besteht, d. h. wenn es dem Rechtsdurchsetzer und dem Regulierungsadressaten möglich ist, eine Lösung zulasten Dritter oder der Allgemeinheit zu wählen.¹⁷⁴ Probleme bereiten aber auch Fälle, in denen die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung positive externe Effekte generiert, also auch der Allgemeinheit oder unbeteiligten Dritten zugutekommt, ohne dass der private Rechtsdurchsetzer davon profitiert. Dieses Problem ist auch unter dem Schlagwort der „Streuschäden“ bekannt.¹⁷⁵ Verlangt etwa eine Bank geringfügig

¹⁷⁴ Vgl. *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 7, 18; *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 167, 183.

¹⁷⁵ Siehe dazu z. B. *Ott/Schäfer*, in: dies. (Hrsg.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen* (1999), S. 131, 148; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 408.

überhöhte Gebühren, erleiden sämtliche Kunden einen Schaden, der auf individueller Ebene gering, insgesamt aber (ebenso wie der Gewinn der Bank durch diesen Rechtsverstoß) ganz erheblich sein kann. Der Einsatz des Privatrechts zur Regulierung ist in solchen Konstellationen nur dann erfolgversprechend, wenn der private Rechtsdurchsetzer eine „Prämie“ dafür erhält, dass er (auch) im Drittinteresse tätig wird, etwa indem er ermächtigt wird, den Gesamtschaden aller geltend zu machen und bei der Verteilung einen höheren Anteil erhält.

Dies berührt bereits den nächsten wichtigen Aspekt: Neben der subjektiven Berechtigung sind vor allem die Anreize der Privaten entscheidend für den Erfolg des regulatorischen Einsatzes von Privatrecht. Sofern die Privaten hinreichende Anreize zur Rechtsverfolgung haben, kann der Gesetzgeber durch den Einsatz regulatorischen Privatrechts einen Umfang an Vollzugsaktivitäten generieren, der bei einer behördlichen Rechtsdurchsetzung aufgrund notwendig beschränkter Ressourcen nicht in gleicher Weise möglich wäre. Da viele Fälle privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung außergerichtlich beigelegt werden, kommt es zu realen Kosteneinsparungen für die öffentliche Hand und nicht zu einer Verlagerung der Kosten auf die Zivilgerichtsbarkeit. Anreize zur Rechtsdurchsetzung entstehen einerseits, wenn die regulatorischen Rechtspositionen mit hinreichenden finanziellen Gewinnchancen verbunden sind, insbesondere die Aussicht auf Erhalt einer Schadensersatzzahlung besteht. Andererseits gibt es auch nicht-monetäre Anreize zur Geltendmachung, so z. B. das Interesse, Konkurrenten von unlauteren Wettbewerbshandlungen abzuhalten, oder das satzungsmäßige Interesse von Verbraucherschutzverbänden an der Durchsetzung des Verbraucherrechts.¹⁷⁶ Der Rechtsdurchsetzung abträglich sind dagegen die damit verbundenen finanziellen Risiken insbesondere hinsichtlich der Prozesskosten. Diese Faktoren muss der Gesetzgeber mitbedenken und ggf. aktiv verändern, wenn er das Privatrecht zu Regulierungszwecken einsetzt.

Ein Problem kann sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber Anreize zur privaten Rechtsdurchsetzung zwar aktiv beeinflussen (etwa durch Einführung besonderer Schadensberechnungsmethoden wie der dreifachen Schadensberechnung im Recht des Geistigen Eigentums¹⁷⁷ oder durch Anpassungen der Kostentragungsregelungen¹⁷⁸), nicht jedoch das *Ausmaß* der Anreizwirkung steuern kann. In der ökonomischen Analyse des Rechts wird daher vor der Gefahr übermäßiger Rechtsdurchsetzungsaktivitäten beim regulatorischen Einsatz von Privatrecht gewarnt.¹⁷⁹ Im Vergleich zwischen Regulierung mittels Privatrecht und

¹⁷⁶ Dieses satzungsmäßige Interesse generiert ökonomische Anreize, wenn die Verbände durch Mitgliedsbeiträge oder Spenden finanziert werden, weil dann Erfolge in der Rechtsdurchsetzung den Fortbestand des Verbands und damit die Arbeitsplätze der damit betrauten Mitarbeiter sichern.

¹⁷⁷ Siehe dazu Art. 13 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 157, S. 45.

¹⁷⁸ Siehe z. B. § 148 Abs. 6 AktG.

¹⁷⁹ Landes / Posner, 4 J. Leg. Stud. 1, 15 (1975).

mittels Verwaltungsrecht wird das Ermessen der Behörden als Vorteil gegenüber der privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung angesehen, weil es erlaube, in solchen Fällen auf die Rechtsdurchsetzung zu verzichten, in denen der Gesetzeswortlaut über das zur Erreichung des Regulierungsziels Notwendige hinausgeht, während private Rechtsdurchsetzer in diesen Konstellationen trotzdem Klage erheben würden.¹⁸⁰ Diesem Argument liegt aber ein Fehlverständnis des Privatrechts zugrunde. Auch das Privatrecht kennt Fälle, in denen der Wortlaut einer Norm zu weit geraten ist (so genannte „verdeckte Lücke“), und reagiert darauf mit dem Instrument der teleologischen Reduktion.¹⁸¹ Es mag daher sein, dass Private in solchen Fällen zu weit geratener Normen Klage erheben; erfolgreich werden sie damit jedoch nicht sein. Entscheidend für die Regulierungswirkung ist dabei, inwieweit die Regulierungsadressaten ex ante absehen können, ob Private Klage erheben und welche Erfolgsaussichten diese Klagen haben werden. Handelt es sich um einen offensichtlichen Fall einer zu weit geratenen Norm, ist jedenfalls im Wirtschaftsrecht, wo die Regulierungsadressaten regelmäßig professionellen Rechtsrat einholen, keine übermäßige Abschreckungswirkung zu erwarten. Zudem werden auch rechtlich beratene private Rechtsdurchsetzer in solchen offensichtlichen Fällen darauf verzichten, Klage zu erheben. Handelt es sich dagegen um eine Konstellation, in der unklar ist, ob ein Verhalten noch von der Norm erfasst sein soll oder eine teleologische Reduktion angebracht ist, geht von einer Klage nicht die Gefahr übermäßiger Rechtsdurchsetzung aus; vielmehr erhalten die Gerichte die Gelegenheit, den Inhalt der regulatorischen Vorgaben zu präzisieren. In einer solchen Präzisierung von Verhaltensstandards verwirklicht sich aber gerade die Regulierung mittels Privatrecht.

2. *Privatrecht als Ergänzung hoheitlicher Steuerung*

In der gesetzgeberischen Praxis werden privatrechtliche und hoheitliche Regulierungsinstrumente aber zumeist nicht als Alternative verstanden, wie dies schematisch im vorherigen Unterabschnitt angenommen wurde. Vielmehr bestehen Regulierungsstrategien zur Verfolgung übergreifender Regulierungskonzepte im Regelfall aus einer Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsinstrumente¹⁸² und kombinieren dabei privatrechtliche und hoheitliche Steuerungselemente. Deshalb soll im Folgenden untersucht werden, in welchen Konstellationen und auf welche Weise der Gesetzgeber die Regulierungsinstrumente des Privatrechts als Ergänzung hoheitlicher Steuerung einsetzen sollte. Während oben bereits herausgearbeitet wurde, wann der Gesetzgeber mehrere Regulierungsinstrumente zur Ver-

¹⁸⁰ Klöhn, in: Schulze (Hrsg.), *Compensation of Private Losses* (2011), S. 179, 194; *Landes/Posner*, 4 J. Leg. Stud. 1, 38 (1975). So auch noch Hellgardt, in: Ringe/P. M. Huber (Hrsg.), *Legal Challenges in the Global Financial Crisis* (2014), S. 157, 169.

¹⁸¹ Siehe nur Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 210–216.

¹⁸² Dazu oben S. 442 ff. und S. 516 ff.

folgung *desselben* Regulierungsziels kombinieren sollte,¹⁸³ geht es dabei um die Frage, welche einzelnen Regulierungsziele im Rahmen eines übergreifenden Regulierungskonzepts mittels privatrechtlichen, welche mit öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumenten verfolgt werden sollten.¹⁸⁴

Für die Analyse von Regulierungsstrategien wurden oben die drei Bestandteile „Ermöglichung / Anreizsetzung“, „Lenkung der Durchführung“ und „Verhinderung von Missbräuchen“ unterschieden.¹⁸⁵ Diese drei Teile sind auch für den Gesetzgeber relevant, der eine solche Regulierungsstrategie und ein übergreifendes Regulierungskonzept für einen bestimmten Lebensbereich entwickelt. Während der erste Bestandteil im Kern die tatsächliche und rechtliche Infrastruktur betrifft, geht es bei der „Lenkung der Durchführung“ und der „Verhinderung von Missbräuchen“ um den regulatorischen Einsatz von Recht. Für die Analyse des Zusammenwirkens von privatrechtlichen Regulierungsinstrumenten mit solchen des Verwaltungs- und Strafrechts bietet es sich an, zwischen der eigentlichen Durchführung und der Missbrauchsverhinderung zu unterscheiden.

Die Lenkung der Durchführung betrifft das eigentliche gesetzgeberische Steuerungskonzept für den betreffenden Lebensbereich. Möchte der Gesetzgeber etwa das Problem des demographischen Wandels, insbesondere dessen Auswirkungen auf die Sozialsysteme, angehen, so muss er zunächst die wichtigsten Regulierungsziele festlegen, die dann zusammen das übergreifende Regulierungskonzept bilden. So könnte der Gesetzgeber etwa einerseits eine Erhöhung der Geburtenrate und andererseits eine Verstärkung der Zuwanderung qualifizierter Arbeitskräfte als primäre Regulierungsziele definieren. Daran anschließend sind für beide Bereiche Regulierungsstrategien, also Kombinationen von Regulierungsinstrumenten, zu entwickeln, mit denen sich diese Ziele – unter Einschluss eventueller gesetzgeberischer Nebenzwecke (z. B. Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft) – verwirklichen lassen. Durch die Entwicklung der Regulierungsstrategie ergeben sich sodann weitere, abgeleitete Regulierungsziele (Stellvertreter-Ziele).¹⁸⁶ Erweist sich etwa, dass Konflikte mit den Anforderungen des Arbeitsalltags ein wesentlicher Grund für niedrige Geburtenraten sind, wird die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu einem Stellvertreter-Ziel. Zeigt sich, dass qualifizierte Ausländer lieber in andere Länder auswandern, die ihnen eine schnelle Einbürgerung gewähren, so kann daraus das Stellvertreter-Ziel abgeleitet werden, Einbürgerungen zu vereinfachen.

Die Auswahl der Regulierungsinstrumente zur Erreichung der so definierten Regulierungsziele folgt in erster Linie den Sachgesetzmäßigkeiten des entsprechen-

¹⁸³ Oben S. 603 f.

¹⁸⁴ Siehe dazu bereits *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 34–80 sowie die Beiträge in dem Sammelband *Hoffmann-Riem / Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996).

¹⁸⁵ Oben S. 519 ff.

¹⁸⁶ Zur Notwendigkeit der Konkretisierung allgemeiner Erfolgsziele durch Stellvertreter-Ziele siehe oben S. 568 f.

den Regulierungsziels. So lassen sich z.B. Einbürgerungsverfahren nur durch eine Änderung des entsprechenden Verwaltungsverfahrens vereinfachen; privatrechtliche Regulierungsinstrumente scheiden aus. Meistens kommen aber sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Regulierungsinstrumente in Betracht, so etwa, wenn es darum geht, die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu verbessern. Dazu kann der Gesetzgeber z.B. mit Mitteln des Sozialrechts staatliche Leistungen anbieten oder das Arbeitsrecht ändern und z.B. das Recht des Arbeitnehmers auf Teilzeitarbeit oder Sonderurlaube ausweiten. In der Literatur wird vorgeschlagen, dass bei einer Kombinationsmöglichkeit dem Verwaltungsrecht die „Grobsteuerung“ zukommen solle, während die „Feinststeuerung“ besser durch privatrechtliche Regulierungsinstrumente erfolgen könne.¹⁸⁷ Oben wurde allerdings gezeigt, dass auch das Privatrecht für eine umfassende präventive ex ante-Regulierung geeignet ist.¹⁸⁸ Privatrecht bietet zwar Vorteile im Bereich der „Feinststeuerung“;¹⁸⁹ für die Wahl der Regulierungsinstrumente zur „Grobsteuerung“ lassen sich daraus aber keine Schlussfolgerungen ziehen.

Bei der „Grobsteuerung“ kommt es vielmehr darauf an, ob privatrechtliche Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen, die eine vollständige Internalisierung des Regulierungsziels in der Person des privaten Rechtsdurchsetzers ermöglichen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die privaten Parteien Lösungen zulasten Dritter oder der Allgemeinheit implementieren und so das Regulierungsziel verfehlt wird. Soweit es nicht möglich ist, diese Gefahr im Rahmen privatrechtlicher Regulierungsinstrumente auszuschließen – was insbesondere bei weitreichenden regulatorischen Vorgaben häufig zutreffen wird (z.B. Regelungen, welche die Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowohl für Angestellte als auch für Selbständige verbessern sollen) –, muss auf hoheitliche Steuerungsinstrumente, insbesondere die Regulierungsinstrumente des Verwaltungsrechts, zurückgegriffen werden. Kommen nach diesem Kriterium Regulierungsinstrumente sowohl des Privatrechts als auch des Öffentlichen Rechts in Betracht, müssen die relativen Vor- und Nachteile komparativ ermittelt werden.¹⁹⁰ Da-

¹⁸⁷ *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 75; *Hoffmann-Riem*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 261, 296; *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 167, 185; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 439. Siehe auch *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7, 26 f. („Vorklärungsfunktion“ des Öffentlichen Rechts; „Fein- und Nachsteuerungsfunktion“ des Privatrechts). Diese Argumentation bezieht sich meist beispielhaft auf das Zusammenspiel zwischen § 906 BGB und dem BImSchG. Es ist aber fraglich, ob und ggf. wieweit die Aufteilung der Regulierungsaufgaben in diesem Beispiel verallgemeinerungsfähig ist.

¹⁸⁸ Oben S. 633 f.

¹⁸⁹ So ist etwa anerkannt, dass die privatrechtliche Haftung Verhaltensstandards einfordern darf, die über die öffentlich-rechtlichen Verhaltensvorgaben in dem entsprechenden Lebensbereich hinausgehen; siehe *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 440 m. w. N.

¹⁹⁰ *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht

zu kann auf die Ergebnisse der vergleichenden Gegenüberstellung verwiesen werden.¹⁹¹

Eine ganz wesentliche ergänzende Funktion privatrechtlicher Regulierungsinstrumente besteht aber – unabhängig davon, welcher Instrumente sich der Gesetzgeber zur Erreichung des primären Regulierungsziels bedient – darin, mögliche Widerstände Privater zu überwinden bzw. allgemein die Zielerreichung zu erleichtern. Häufig können Private die Erreichung des Regulierungsziels gefährden, wenn sie aufgrund der von dem Regulierungsadressaten zur Befolgung der Regulierung vorgenommenen Handlungen privatrechtliche Maßnahmen treffen, die aus Sicht des Regulierungsadressaten Sanktionswirkung haben, etwa Verträge kündigen oder Gewährleistungsrechte ausüben. Auch kann das Privatrecht durch Formvorschriften, Aufklärungspflichten und dergleichen Hürden aufstellen, die dazu führen, dass es Privaten erschwert wird, sich regulierungszielkonform zu verhalten. Um den Erfolg einer Regulierungsstrategie zu gewährleisten, ist es daher wesentlich, solche Widerstände auszuschalten und Hürden zu beseitigen.¹⁹² Im obigen Beispiel kann es etwa für die Erreichung familienpolitischer Ziele am Arbeitsplatz zentral sein, zu verhindern, dass Arbeitnehmern, die von (etwa öffentlich-rechtlichen) Rechten Gebrauch machen, deshalb gekündigt werden kann (vgl. im geltenden Recht z. B. § 9 MuSchG). Auch könnte etwa auf das Erfordernis eines schriftlichen Arbeitsvertrags vor Beginn des Arbeitsverhältnisses verzichtet werden, wenn dies die Anwerbung ausländischer Fachkräfte erleichtert.

Im Bereich der Missbrauchsverhinderung werden häufig öffentlich-rechtliche und strafrechtliche Sanktionen im Vergleich zu privatrechtlichen Steuerungsinstrumenten als besser geeignet angesehen.¹⁹³ Dies trifft auf allgemeiner Ebene nur dann zu, wenn privatrechtliche Regulierungsinstrumente auf den Ersatz des entstandenen Schadens oder die Rückgabe der gestohlenen Sache, also auf die reine Rückgängigmachung des verbotenen Tuns, beschränkt werden. Solche Regulierungsinstrumente burden dem Rechtsverletzer keinerlei Risiko auf, da er schlimmstenfalls so steht, wie er ohne die rechtswidrige Handlung stünde, und können deshalb keine abschreckende Wirkung entfalten.¹⁹⁴ Bezieht man dagegen das volle Spektrum privatrechtlicher Regulierungsinstrumente, einschließlich doppelter Schadensersatzhaftung, Gewinnabschöpfung und Herausgabepflicht, in die Betrachtung ein, ist das Privatrecht nicht grundsätzlich zur Missbrauchs-

und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996), S. 7, 26 f. listet dazu eine Reihe von „Funktionen“ des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts auf.

¹⁹¹ Oben S. 630 ff.

¹⁹² Dies ist etwa die Hauptfunktion des dreimonatigen Ausschlusses der Mietminderung bei energetischen Modernisierungen gemäß § 536 Abs. 1a BGB.

¹⁹³ Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 261, 334. In diese Richtung auch BGHZ 111, 308, 313 (zur Bekämpfung von Schwarzarbeit); siehe nun aber BGHZ 201, 1, 9.

¹⁹⁴ Prägnant Wagner, AcP 206 (2006), 352, 443: „ein Dieb [lässt sich] mit Hilfe der Vindikationsklage nicht abschrecken“.

bekämpfung ungeeignet. Allerdings ist allein das Strafrecht in der Lage, solche Missbräuche abzuschrecken, die einen enorm hohen Gewinn versprechen oder dem Täter sonstige erhebliche Vorteile gewähren. Damit geht jedoch der Nachteil einher, dass der Regulierungsadressat den Status eines strafrechtlich Beschuldigten erhält oder erhalten könnte, womit bestimmte Verteidigungsrechte verbunden sind, die im Einzelfall die Rechtsdurchsetzung auch jenseits der strafrechtlichen Regulierungsinstrumente erschweren können.¹⁹⁵ Insbesondere erstrecken sich Zeugnisverweigerungsrechte auch auf parallele Zivilprozesse und Verwaltungsverfahren (vgl. § 384 Nr. 2 ZPO, § 65 Abs. 2 S. 1 VwVfG).

Unterhalb der Schwelle, die eine strafrechtliche Abschreckung erfordert, geht von den Instrumenten des Verwaltungsrechts (insbesondere der Geldbuße) und denen des Privatrechts eine vergleichbare Abschreckungswirkung aus, so dass es auf das konkrete Regulierungsziel ankommt, welches Instrument vorteilhafter ist.¹⁹⁶ Wie bereits im Rahmen des Instrumentenvergleichs herausgearbeitet wurde, kann der Schadensersatzhaftung in Fällen, in denen Rechtsverstöße nur schwer zu verifizieren sind, ein komparativer Vorteil zukommen, weil Private die ihnen zugefügten Schäden und die dafür Verantwortlichen häufig leichter erkennen können als eine Behörde, die aufwändige Ermittlungen führen muss.¹⁹⁷ Dieser Vorteil privatrechtlicher Sanktionsmechanismen muss der Gesetzgeber gegen den Nachteil abwägen, dass Private grundsätzlich frei sind, ob sie ihre Ansprüche geltend machen oder darauf verzichten wollen.¹⁹⁸ Demgegenüber kann eine öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung dem Legalitätsprinzip unterworfen werden, so dass entdeckte Rechtsverstöße grundsätzlich auch verfolgt werden müssen. Daneben kommen privatrechtliche Sanktionsmechanismen insbesondere auch dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber aus politischen Gründen keine öffentlichen Gelder für die Rechtsdurchsetzung aufwenden möchte.

Während also die Auswahl der Regulierungsinstrumente vor allem durch die konkreten Regulierungsziele im Rahmen des übergreifenden Regulierungskonzepts bestimmt wird, ist es für die erwünschte Regulierungswirkung ebenso wichtig, die unterschiedlichen Regulierungsinstrumente aufeinander abzustimmen.¹⁹⁹ Ziel muss es sein, möglichst umfassende Synergieeffekte durch den Einsatz unterschiedlicher Regulierungsinstrumente zu erzielen. Dazu ist es einerseits hilfreich, die Tatbestände von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen

¹⁹⁵ Zu den materiellen und prozessualen Folgen einer Strafbarkeit siehe *Kühl*, in: FS Richter (2006), S. 341, 344–355.

¹⁹⁶ Siehe auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 442–445.

¹⁹⁷ Siehe oben S. 571 mit Fn. 15.

¹⁹⁸ In vielen Regelungsbereichen, in denen Rechtsträgerschaft und handelnde Person auseinanderfallen (z. B. Gesellschaftsorgane, gesetzliche Vertretung, Betreuung), können die handelnden Personen aber auch (privat-)rechtlichen Pflichten unterworfen werden, bestehende Ansprüche tatsächlich durchzusetzen; siehe bereits oben S. 498.

¹⁹⁹ Siehe dazu insbesondere *Wagner/Bsaisou*, JZ 2014, 1031 ff.; zuvor bereits *C. Calliess*, Die Verwaltung 34 (2001), 169 ff.; *Kirchner*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999), S. 108 ff.

Regulierungsinstrumenten aufeinander abzustimmen (z. B. durch Verweise),²⁰⁰ andererseits ist es wichtig, eine Kooperation zwischen unterschiedlichen Rechtsdurchsetzern zu ermöglichen. Die Abstimmung von Tatbeständen ist erforderlich, damit nicht von verschiedenen Regulierungsinstrumenten unterschiedliche Verhaltensanreize ausgehen oder die Möglichkeiten eines Rechtsgebiets durch den Regulierungsadressaten genutzt werden können, um die negativen Folgen anderer Regulierungsinstrumente auf Dritte oder die Allgemeinheit umzuleiten.²⁰¹ Ein Beispiel für eine erleichterte Kooperation ist das strafprozessuale Adhäsionsverfahren gemäß §§ 403 ff. StPO, das es dem Opfer einer Straftat ermöglicht, seine Schadensersatzansprüche im Rahmen des Strafverfahrens geltend zu machen. Besonders wichtig für die Stärkung oder Schwächung der Komplementärwirkung privatrechtlicher Regulierungsinstrumente ist die Entscheidung, ob privaten Klägern Zugang zu behördlichen Akten gewährt wird. Diese Frage wurde in letzter Zeit insbesondere im Kartellrecht virulent und ist dort Gegenstand mehrerer EuGH-Urteile.²⁰²

Aus Sicht des Gesetzgebers hängen die Vor- und Nachteile einer solchen Akteneinsicht eng damit zusammen, ob der Schwerpunkt des Einsatzes privatrechtlicher Regulierungsinstrumente im Bereich von Folgeklagen („follow-on-suits“) liegen soll oder ob eigenständige Klagen Privater („stand-alone-suits“) gewollt sind.²⁰³ Ein Akteneinsichtsrecht hilft dem privaten Rechtsdurchsetzer nur in solchen Situationen, in denen bereits eine Behörde ermittelt. Zielt die Kombination hoheitlicher und privater Regulierungsinstrumente gerade darauf ab, die Behörden von der Rechtsdurchsetzung zu entlasten, ist ein weitreichendes Akteneinsichtsrecht wenig hilfreich. Denn die Existenz eines solchen wird implizit zu einer Anhebung der zivilprozessualen Beweishürden in dem entsprechenden Lebensbereich führen und damit solche privaten Kläger, die unabhängig von einer parallelen behördlichen Ermittlung Rechtsdurchsetzung betreiben, zusätzlich belasten. Zudem besteht die Gefahr, dass die Zivilgerichte in Fällen, in denen die zuständige Behörde etwa Ermittlungen abgelehnt oder eingestellt hat, nicht mehr unvoreingenommen an den Fall herangehen und deshalb nur unter besonderen Umständen bereit sein werden, dennoch einen Rechtsverstoß anzunehmen. Damit kommt einem Akteneinsichtsrecht in vielen Fällen eher eine kontraproduktive Wirkung zu. Privaten Klägern ist meist durch eine Beweislastumkehr, die unabhängig von den Entscheidungen einer Behörde ist, besser gedient. Lediglich in solchen Fällen, in denen Ziel der privatrechtlichen Regulierungsinstrumente gerade der Schadensausgleich sein soll und in denen die Geschädigten ihre

²⁰⁰ Dazu *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 18 Rn. 75 f.

²⁰¹ Siehe die eindrucksvolle Studie von *Wagner / Bsaïson*, JZ 2014, 1031 ff. zum Verhältnis von „Regulierungsrecht“ und Schadensersatz am Beispiel der Energiewende zur See.

²⁰² Siehe EuGH, Urt. v. 14.06.2011, Rs. C-360/09, Slg. 2011, I-5161 – *Pfleiderer*; Urt. v. 06.06.2013, Rs. C-536/11, n. n. v. – *Donau Chemie*.

²⁰³ Zu diesem Unterschied *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012), S. 576–578.

Ansprüche (ggf. gebündelt in Musterverfahren nach dem Vorbild des KapMuG) selbst geltend machen, bietet ein Akteneinsichtsrecht eindeutige Vorteile, weil es die Gesamtkosten der Verfahren senkt und dadurch die Vergleichsbereitschaft der Regulierungsadressaten erhöht.

3. Privatrecht als Ersatz hoheitlicher Steuerung

Schließlich kommt privatrechtlichen Regulierungsinstrumenten in solchen Konstellationen eine wichtige Bedeutung zu, in denen die Instrumente der hoheitlichen Steuerung nicht eingesetzt werden können oder aus politischen Gründen nicht opportun erscheinen.

Der Fall, dass hoheitliche Regulierungsinstrumente aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ungeeignet sind, tritt insbesondere bei grenzüberschreitenden Konstellationen auf. Aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips können die Staaten hoheitliche Gewalt grundsätzlich nur in ihrem eigenen Staatsgebiet ausüben.²⁰⁴ Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Territorialität als Begrenzung des Anwendungsbereichs von Normen und der Territorialität als Beschränkung der Durchsetzbarkeit öffentlich-rechtlicher Regeln jenseits des eigenen Staatsgebiets.²⁰⁵ Entfallen etwa im Ausland vorgenommene Handlungen Wirkungen im Inland, können sie zwar zum Gegenstand von Regulierung gemacht werden, indem das entsprechende Verwaltungs- oder Strafgesetz (vgl. z. B. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VwVfG, §§ 3–7 StGB) diesen Fall ausdrücklich erfasst.²⁰⁶ Damit ist aber noch nicht gesagt, dass die entsprechenden Pflichten auch im Ausland durchgesetzt werden können. Ein Direktvollzug scheidet mangels Hoheitsgewalt im Ausland generell aus, so dass allenfalls finanzielle Sanktionen wie Bußgelder oder Geldstrafen in Betracht kommen. Aber auch solche öffentlich-rechtlichen Forderungen ausländischer Staaten werden in den meisten Staaten grundsätzlich nicht durchgesetzt.²⁰⁷

²⁰⁴ Siehe dazu Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm (1965), S. 13–27, 341–356.

²⁰⁵ Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ (2006), S. 151.

²⁰⁶ In den USA hat es in dieser Hinsicht in den letzten Jahren eine Kehrtwende in der Rechtsprechung des US Supreme Court gegeben, beginnend mit der Entscheidung *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); dazu Ringe / Hellgardt, Oxford J. L. Stud. 31 (2011), 23, 38–41. Seitdem geht der Supreme Court von einer strikten „presumption against extraterritoriality“ aus, so dass nationale Gesetze im Zweifel nicht auf ausländische Sachverhalte Anwendung finden. In der Entscheidung *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (U.S. 2013) wurde diese Rechtsprechung auch auf das wichtige Alien Tort Statute ausgedehnt, das zuvor eine Möglichkeit gegeben hatte, Menschenrechtsverletzungen im Ausland vor US-Gerichten zu verfolgen. Zu dieser Entscheidung aus deutscher Sicht M. Stürmer, JZ 2014, 13 ff.; siehe auch Sykes, 100 Geo. L. J. 2161 (2012).

²⁰⁷ v. Hein, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), Einl. IPR Rn. 324 f. So genannte „relative Territorialität“ des öffentlichen Rechts; Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ (2006), S. 154 f. Siehe aber Dutta, EuR 2007, 744 ff. zur unionsrechtlichen Pflicht der Mitgliedstaaten, gegenseitig ihre öffentlich-rechtlichen Forderungen durchzusetzen.

In grenzüberschreitenden Konstellationen können diese Einschränkungen der Anwendbarkeit hoheitlicher Regulierungsinstrumente insbesondere dann zu Problemen führen, wenn die Regulierungsadressaten entweder ausschließlich im Ausland handeln, so dass sie bereits nicht in den Anwendungsbereich inländischer öffentlich-rechtlicher Vorschriften fallen, oder zwar mit ihren Handlungen Folgen im Inland hervorrufen, die Gegenstand inländischer Regulierung sind, dort aber über keine Niederlassung oder Vermögensgegenstände verfügen, so dass eine Vollstreckung der öffentlich-rechtlichen Pflichten im Inland ausscheidet. Beispiele für potentielle grenzüberschreitende Regulierungsgegenstände, die in einen dieser beiden Bereiche fallen, sind grenzüberschreitende Dienstleistungen, Kapitalanlagevehikel wie Hedgefonds, die üblicherweise in Offshore-Finanzzentren inkorporiert sind, aber auch familienpolitische Regelungsgegenstände wie die Zulässigkeit von (internationalen) Leihmutterchaften.²⁰⁸ Antizipieren die Regulierungsadressaten die fehlende Möglichkeit der extraterritorialen Rechtsdurchsetzung, kann bereits ex ante die Regulierungswirkung inländischer hoheitlicher Steuerungsinstrumente entfallen.

In solchen grenzüberschreitenden Konstellationen kommt der Regulierung mittels Privatrecht ein komparativer Vorteil zu.²⁰⁹ Dieser liegt darin begründet, dass das Internationale Privatrecht gerade auch auf den Schutz inländischer Interessen vor schädigenden Handlungen aus dem Ausland abzielt, so insbesondere durch Sonderanknüpfungen in Form von Eingriffsnormen (engl.: „overriding mandatory provisions“; franz.: „lois de police“). Art. 9 Abs. 1 Rom-I VO definiert Eingriffsnormen als Regelungen, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe der Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Diese Definition kann über den Anwendungsbereich der Rom-I VO hinaus verallgemeinert werden.²¹⁰ Die Besonderheit von Eingriffsnormen besteht darin, dass sie das anwendbare Recht nicht – wie normalerweise im IPR – vom Sachverhalt her, sondern ausgehend von dem spezifischen Anwendungsbefehl der Norm bestimmen.²¹¹ Damit kommen insbesondere solche Regelungen als Eingriffsnormen in Betracht, die nicht lediglich die Interessen der beteiligten Parteien in einen Ausgleich bringen sollen, sondern darauf abzielen, öffentliche Interessen durchzusetzen, d. h. in der Terminologie dieser Studie „regulierend“ sind. Um durch die Verwendung von Eingriffsnormen grenzüberschreitend zu regulieren, muss der Gesetzgeber die entsprechende Norm nicht nur national, sondern ge-

²⁰⁸ Siehe für einen Rechtsvergleich auf diesem Gebiet *M. Engel*, ZEuP 2014, 538, 540–543.

²⁰⁹ Dazu bereits *Medicus*, NuR 1990, 145, 146; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 449. Siehe auch (ohne Vergleich zur hoheitlichen Regulierung) *Poelzig*, ZVglRWiss 110 (2011), 395 ff.

²¹⁰ *v. Hein*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), Einl. IPR Rn. 288.

²¹¹ *Kropholler*, Internationales Privatrecht⁶ (2006), S. 18.

rade auch „international zwingend“ ausgestalten.²¹² Durch die Verwendung von Eingriffsnormen kann ein Staat sicherstellen, dass in solchen Rechtsverhältnissen, an denen seine Staatsbürger beteiligt sind, bestimmte regulatorische Normen Anwendung finden. Konkret zur Anwendung gebracht werden solche Normen allerdings regelmäßig nur durch die Gerichte des entsprechenden Staates (vgl. Art. 9 Abs. 2 Rom-I VO, Art. 16 Rom II-VO), während ausländische Gerichte grundsätzlich nur die Eingriffsnormen ihrer *lex fori* anwenden. Eine Ausnahme gilt gemäß Art. 9 Abs. 3 Rom I-VO im Vertragsrecht; dort können auch die Eingriffsnormen desjenigen Staates berücksichtigt werden, in dem die vertragliche Verpflichtung erfüllt werden soll oder bereits erfüllt wurde. Jenseits dieser Ausnahme hängt die Durchsetzungskraft international zwingender Normen damit maßgeblich von der internationalen Zuständigkeit ab. Zwar ist nach § 328 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Anerkennung im Inland ausgeschlossen, wenn das ausländische Gericht nicht zuständig war, dies gilt gemäß Art. 45 Abs. 3 EuGVVO aber nicht für Entscheidungen von Gerichten innerhalb der EU; deren Zuständigkeit darf nicht nachgeprüft werden.

Neben der Verwendung von Eingriffsnormen kann der Gesetzgeber aber grundsätzlich auch das volle Spektrum sonstiger privatrechtlicher Regulierungsinstrumente für die grenzüberschreitende Regulierung zum Einsatz bringen. Diese Regulierung greift dann nicht zwingend in jedem Fall, sondern nur in den Fällen, in denen das deutsche Recht zur Anwendung berufen ist oder von den Parteien (nicht ab-)gewählt wird. Insoweit ähnelt die grenzüberschreitende Regulierung der Regulierung durch dispositives Recht,²¹³ mit dem Unterschied, dass die Parteien nicht nur einzelne Regelungen, sondern das dispositive Modell als solches abwählen können.²¹⁴ Eine solche Abwahl kann verhindert werden, indem die Rechtswahlmöglichkeiten, etwa von Verbrauchern (vgl. Art. 6 Rom-I VO) oder Arbeitnehmern (vgl. Art. 8 Rom-I VO), beschränkt werden. Auch wenn es daher gerade im internationalen Wirtschaftsrecht schwierig ist, den Einsatz privatrechtlicher Regulierungsinstrumente in grenzüberschreitenden Fällen sicherzustellen, so ergibt sich im Vergleich zu den Möglichkeiten grenzüberschreitender hoheitlicher Regulierung trotzdem noch ein erheblicher Vorteil, der dazu führt, dass in diesen Bereichen privatrechtliche Instrumente als Ersatz verwaltungs- oder strafrechtlicher Steuerungsinstrumente herangezogen werden müssen.

Ein weiteres Anwendungsfeld für die Regulierung mittels Privatrecht bieten solche Regulierungsziele, die der Gesetzgeber aus politischen Gründen, etwa um die Unterstützung von Wirtschaftsverbänden nicht zu verlieren, nicht mit hoheitlichen Mitteln angehen möchte. Der Einsatz von Verwaltungsrecht und Be-

²¹² *Martiny*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), Art. 9 Rom-I VO Rn. 7–9.

²¹³ Dazu oben S. 88 ff.

²¹⁴ Siehe dazu *Möslein*, in: G.-P. Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht* (2014), S. 155, 163–166.

hörden ist stets mit dem Verdikt staatlicher Intervention in die Wirtschaft und der Gefahr von Überregulierung versehen. Demgegenüber kann der Einsatz privatrechtlicher Regulierungsinstrumente oftmals damit verbrämt werden, es solle nur das Interesse schwächerer Marktteilnehmer geschützt werden. Ein Beispiel ist die Herabsetzung von Vorstandsbezügen im Falle wirtschaftlichen Misserfolgs, die der Gesetzgeber nur für systemrelevante Banken öffentlich-rechtlich durchsetzt (vgl. § 20 Abs. 5 InstitutsVergV), im allgemeinen Aktienrecht gemäß § 87 Abs. 2 AktG aber dem Aufsichtsrat überantwortet hat. Da Privatrecht, unabhängig von seiner vielfachen regulatorischen Ausrichtung, in der öffentlichen politischen Auseinandersetzung zumeist nicht als staatlicher Eingriff wahrgenommen wird, bieten sich hier Möglichkeiten staatlicher Steuerung unterhalb des Radarschirms des Wirtschaftslobbyismus. In der Terminologie der Systemtheorie im Sinne von *Teubner*²¹⁵ handelt es sich um eine „Ausweichstrategie“ gegenüber der hoheitlichen „command-and-control“ Regulierung.²¹⁶

²¹⁵ Dazu oben S. 30 f.

²¹⁶ Vgl. *Teubner*, Recht als autopoietisches System (1989), S. 112–117.

§ 12 Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung

Die gerichtliche Rechtsanwendung bildet einen Prüfstein für die Regulierungsfunktion des Privatrechts. Nur wenn die Zivilgerichte die gesetzgeberische Regulierungsintention praktisch umsetzen und darüber hinaus selbst Rechtsanwendung mit Steuerungsintention im Allgemeinwohlinteresse betreiben, erlangt das Regulierungspotential des Privatrechts eine praktische Bedeutung. Die Rechtsprechungsanalysen im 1. Teil dieser Arbeit¹ legen nahe, dass die deutschen Zivilgerichte tatsächlich das Privatrecht in weitem Umfang regulatorisch einsetzen. Dabei wird die regulatorische Rechtsanwendung aber selten explizit gemacht und häufig hinter dogmatischen Begründungen „versteckt“. Dies ist nicht nur der Akzeptanz regulatorischer Privatrechtsanwendung abträglich. Die fehlende Offenlegung der maßgeblichen regulatorischen Erwägungen erschwert auch eine wissenschaftliche Auseinandersetzung und konstruktive Kritik.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, welche Implikationen der in dieser Studie verfolgte Ansatz für die Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte hat. Viele der dafür relevanten Aspekte wurden bereits an anderer Stelle behandelt, so insbesondere die grundrechtlichen Anforderungen an regulatorische Privatrechtsanwendung,² die verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine folgenbezogene Methodik³ sowie die Fragestellungen und Vorgehensweise einer regulatorischen Rechtsdogmatik.⁴ Zur Vermeidung von Redundanzen nehmen die folgenden Ausführungen an den jeweiligen Stellen Bezug auf diese Teile und versuchen, aus den dortigen generellen Ausführungen konkrete Schlussfolgerungen und Handlungsanweisungen für die richterliche Rechtsanwendung abzuleiten. Dabei geht es nicht primär darum, verfahrensrechtlich zwingende Vorgaben zu ermitteln, sondern ein Vorgehen zu beschreiben, das geeignet ist, die Regulierungsfunktion des Privatrechts in praktische Rechtsanwendung umzusetzen. Der Umstand, dass dieses Vorgehen aus einer Vielzahl an Einzelschritten besteht, ist nur zum Teil den Besonderheiten regulatorischer Rechtsanwendung geschuldet, beruht aber vor allem auf der grundsätzlichen Komplexität des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens.⁵

¹ Siehe insbesondere S. 99 ff. und S. 155 ff.

² Dazu oben S. 317 ff.

³ Dazu oben S. 394 ff.

⁴ Dazu oben S. 403 ff.

⁵ Vgl. aus Sicht eines Praktikers *Strauch*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion (2012), S. 335, 338 f.

Zunächst soll die Anwendung von regulatorischen Privatrechtsgesetzen, also die Umsetzung der Regulierungsziele in praktische Regulierungswirkungen, behandelt werden (dazu unter I.). Darin erschöpft sich aber die Funktion der Zivilgerichte bei der Regulierung nicht. Vielmehr kommen ihnen selbst die Aufgaben einer regulierenden Instanz zu, wenn sie die vorhandenen Privatrechtsgesetze im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen eigenständig regulatorisch auslegen oder fortbilden, um so selbst Regulierungsziele zu gewinnen (dazu unter II.). Beide Aspekte regulatorischer Rechtsanwendung bedingen Anpassungen des bisher praktizierten Gerichtsverfahrens. Trotzdem bietet das geltende Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrecht alle erforderlichen Voraussetzungen für eine regulatorische Privatrechtsanwendung (dazu unter III.).

I. Anwendung von regulatorischen Privatrechtsgesetzen

Die Pflicht und das Recht der Zivilgerichte zur Anwendung regulatorischer Privatrechtsgesetze ergeben sich letztlich aus ihrer Funktion im Rahmen der Gewaltenteilung und ihrer Bindung an Gesetz und Recht. Wenn der Gesetzgeber Privatrechtsgesetze mit Regulierungsintention erlässt und dies auch verfassungsrechtlich zulässig ist, folgt daraus die Aufgabe der Zivilgerichte, in der Rechtsanwendung die Regulierungsziele soweit wie möglich zu verwirklichen.⁶

Dabei besteht eine enge Verbindung zur teleologischen Auslegung. Diese wird in der Praxis der deutschen Zivilrechtsprechung vielfach für eine regulatorische Rechtsanwendung im hier zugrunde gelegten Verständnis genutzt. Trotzdem erschöpft sich die regulatorische Rechtsanwendung nicht in der teleologischen Auslegung.⁷ Die regulatorische Rechtsanwendung erfordert über die reine Auslegung hinaus eine klar strukturierte Anwendungsmethodik. Zwar gibt es bereits Ansätze, die teleologische Auslegung als mehrstufiges Vorgehen zu strukturieren;⁸ diese sind aber für die Praxis weitgehend folgenlos geblieben. In der richterlichen Anwendungspraxis wird häufig die *ratio legis* nicht aufgrund intersubjektiv nachvollziehbarer und kritisierbarer Kriterien ermittelt und sodann erst der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt darunter subsu-

⁶ Dazu bereits ausführlich oben S. 398 ff.

⁷ Zum Verhältnis von regulatorischer Rechtsanwendung und teleologischer Auslegung ausführlich unten S. 657 ff.

⁸ Siehe etwa *K. F. Röhl/H. C. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 620, die folgende Schritte unterscheiden: „(1) Zunächst ist vorläufig der maßgeblichen Normzweck zu bestimmen. (2) In dem Rahmen, der durch den Normtext vorgegeben ist, wird nach einer Normkonkretisierung gesucht, die als Mittel zum Zweck geeignet ist. (3) Das Mittel, das zur Zweckerreichung eingesetzt werden soll, wird auf seine Kosten und seine Nebenwirkungen hin überprüft. (4) Kosten und Nebenwirkungen werden im Hinblick auf ihre Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit) bewertet. Lässt sich ein Ziel mit angemessenen Mitteln nicht realisieren, so muss man wieder zu Schritt (1) zurückkehren und das Ziel verändern.“

miert.⁹ Stattdessen wird lediglich das Auslegungsergebnis als Resultat der teleologischen Auslegung mitgeteilt.¹⁰ Selbst wenn diese Schritte getrennt werden, so begründet auch der BGH meist nicht, weshalb die von ihm angenommene Rechtsfolge zur Erreichung der ratio legis geeignet ist und welche Folgen bei einer abweichenden Rechtsanwendung zu erwarten gewesen wären (ob die angenommene Rechtsfolge also zur Verwirklichung der ratio legis erforderlich ist).¹¹

Für eine regulatorische Rechtsanwendung ist es unabdingbar, methodische Klarheit über das erforderliche Vorgehen zu schaffen und im Rahmen der konkreten Rechtsanwendung die entscheidenden Kriterien transparent zu machen. Nur so lässt sich durch Rechtsprechung eine Regulierungswirkung für die betroffenen Regulierungsadressaten erzielen und zugleich erreichen, dass die regulatorischen Urteile Gegenstand einer konstruktiven rechtswissenschaftlichen Analyse und Kritik werden können.

Regulatorische Rechtsanwendung besteht regelmäßig darin, ein vom Gesetzgeber mit einer ganz konkreten Regulierungsintention erlassenes Privatrechtsgesetz in praktische Regulierungswirkung umzusetzen. Daneben gibt es aber auch Konstellationen, in denen der Gesetzgeber lediglich die generelle Richtung der Regulierung andeutet, ohne bereits ein konkretes Regulierungsziel im Gesetz zu benennen. In diesen Fällen stellt sich die zusätzliche Frage, wie die Gerichte im Wege der Auslegung oder Rechtsfortbildung das konkrete Regulierungsziel

⁹ Ein solches Vorgehen empfehlen z.B. *Müller / Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 378.

¹⁰ Für Beispiele siehe BGH NJW 2015, 552: „Der Unternehmer wird durch § 648 I 1 BGB grundsätzlich nicht davor geschützt, dass der Besteller das Grundstück veräußert, auf dem der Unternehmer die nach dem Vertrag geschuldete Bauleistung zu erbringen hat.“ OLG Zweibrücken NJW 1971, 2077, 2078: „Nach Auffassung des Senats ist der vorliegende Fall so gelagert, daß die Schadenshaltung des Klägers auf Kosten des Beklagten den Schutzzweck des § 833 Satz 1 BGB verlassen würde. Die Vorgänge, die zum Überlassen des Pferdes geführt haben, lassen erkennen, daß der Kläger den Proberitt ohne soziale Notwendigkeit unternommen hat.“ LG Siegen NJW 2007, 1826, 1827: „Weiterhin entspricht die vorstehende Auslegung nach Auffassung der Kammer auch dem in § 312d II BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken. [...] Der Kunde kann sich von der Art und Güte der Ware erst nach dessen Erhalt ein eigenes Bild machen. Es entspricht daher zweifellos dem Verbraucherschutz, die Widerrufsfrist erst ab Erhalt der Ware laufen zu lassen.“ (interne Verweise weggelassen).

¹¹ Siehe aber BGHZ 171, 33, 37 f.: „Dies [i.e. eine Reduzierung des Anwendungsbereichs von § 193 BGB; A.H.] ist mit dem Sinn der §§ 186 ff. BGB nicht zu vereinbaren. Ein solcher teleologischer Ansatz bei der Auslegung der Vorschriften über die Fristen brächte ein beträchtliches Maß an Unsicherheit mit sich, während gerade Fristbestimmungen klar überschaubar und leicht handhabbar sein müssen. Die mit den §§ 186 ff. BGB bezweckte Rechtssicherheit würde durch schwer berechenbare und nicht selten erst in einem Rechtsstreit zu klärende, vielfach auf den Einzelfall bezogene Wertungen ersetzt. Überdies würden, wäre § 193 BGB nicht sowohl auf verzugsbestimmende Fristen als auch auf Fälligkeitsbestimmungen anwendbar, erhebliche dem Zweck der §§ 186 ff. BGB widersprechende Unsicherheiten bei der Anwendung der weit verbreiteten vertraglichen 30-Tages-Fristen entstehen. Es wäre zur Bestimmung, ob § 193 BGB anzuwenden ist, notwendig, zu ermitteln, ob die Regelung im jeweiligen Einzelfall nur deklaratorisch § 286 Abs. 3 BGB wiedergibt oder ob sie eine Zahlungsfrist im Sinne einer Fälligkeitsregelung enthält.“ (interne Verweise weggelassen).

gewinnen können. Diese Frage soll zunächst zurückgestellt¹² und stattdessen untersucht werden, welche Schritte (in beiden Fällen) erforderlich sind, um ein Regulierungsziel in der Rechtsanwendung umzusetzen. Auch bzw. gerade bei konkreten regulatorischen Gesetzen ist dazu in einem ersten Schritt erforderlich, festzustellen, ob die konkrete Privatrechtsnorm überhaupt eine Regulierungsfunktion erfüllen soll, oder ob es sich um eine interessenausgleichende Norm handelt (dazu unter 1.). In einem zweiten Schritt folgt dann die regulatorische Rechtsanwendung im engeren Sinne, also die Auslegung und Konkretisierung des Gesetzes mit Blick auf die Regulierungsfunktion (dazu unter 2.).

1. Feststellung der Regulierungsfunktion

Am Beginn¹³ jeder regulatorischen Gesetzesanwendung steht die Feststellung, dass der Gesetzgeber für den entsprechenden Sachverhalt ein Privatrechtsgesetz mit Regulierungsintention erlassen hat. Dies ist ein wichtiger Befund, denn nicht alle Privatrechtsgesetze sind regulatorisch; vielmehr zielt ein wesentlicher Teil der privatrechtlichen Regelungen darauf ab, einen gerechten Ausgleich der beteiligten Interessen zu erreichen.¹⁴ Es gehört daher zu den Aufgaben der richterlichen Rechtsanwendung, die (für den konkreten Fall relevante) Funktion der anwendbaren Norm zu bestimmen.¹⁵ Damit stellt sich dem Zivilrichter die doppelte Auslegungsaufgabe, zunächst die Funktion der anzuwendenden Rechtsnorm zu ermitteln und sodann – ausgehend von dieser Funktion – ihren Inhalt. Bei der Feststellung der Regulierungsfunktion als erstem dieser zwei Schritte handelt es sich insofern nicht um Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinne, als es (noch) nicht darum geht, die Bedeutung des Normtextes als solche zu erschließen, sondern herauszufinden, ob der Gesetzgeber mit der fraglichen Privatrechtsnorm einen regulatorischen Zweck, d. h. ein Allgemeinwohlinteresse, verfolgt hat. Deshalb kommt dem so genannten „Willen des Gesetzgebers“¹⁶ bei diesem Auslegungsschritt eine besonders wichtige Bedeutung zu.

¹² Dazu ausführlich anschließend unten S. 673 ff.

¹³ Damit ist der logische, nicht notwendigerweise auch zeitliche Beginn gemeint. Die Ermittlung der Regulierungsfunktion einer Norm verläuft parallel zum Subsumtionsprozess, der üblicherweise im Anschluss an *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung³ (1963), S. 15 als ein „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Sachverhalt und dem Tatbestand der infrage kommenden Normen beschrieben wird. Mit der Konkretisierung der anwendbaren Norm rückt zugleich deren Funktion ins Blickfeld.

¹⁴ Siehe dazu oben S. 59 ff.

¹⁵ Vgl. oben S. 410.

¹⁶ In der Gesetzesauslegung ist allgemein anerkannt, dass der „Wille des Gesetzgebers“ nicht mit dem Willen einzelner natürlicher Personen gleichzusetzen ist. Vielmehr handelt es sich um eine normative Konstruktion, die eine demokratietheoretische Rückbindung des Gesetzes an die zu seinem Erlass verfassungsrechtlich legitimierten Organe ermöglicht; vgl. *Baden*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß (1977), S. 57–61; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I¹⁰ (2009), S. 372–375. Siehe auch *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317, 321–326; *Waldbhoff*, in: *Fleischer* (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*

Die gesetzgeberische Regulierungsintention wird als solche häufig nicht direkt im Gesetz niedergelegt. Zwar ist es in der verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung üblich, die Intention des Gesamtgesetzes im Sinne einer Programm- oder Zielnorm voranzustellen.¹⁷ Im Privatrecht macht der Gesetzgeber bislang aber nur sehr zurückhaltend von diesem Instrument Gebrauch; ein wichtiger Fall ist § 1 AGG, demzufolge es Ziel des AGG ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.¹⁸ Im Regelfall, in dem das Regulierungsziel bzw. die regulatorische Intention nicht ausdrücklich im Gesetzestext niedergelegt ist, kommt es deshalb im Verhältnis zur eigentlichen Gesetzesauslegung (d.h. zur Bestimmung des Norminhalts) zu einer Verkehrung von Auslegungsobjekt und Hilfsmitteln: Vorrangiger Bezugspunkt zur Ermittlung der Regulierungsintention sind die Gesetzesmaterialien als Inbegriff aller Absichtsäußerungen des Gesetzgebers;¹⁹ der Gesetzestext ist nur eine mögliche Quelle neben anderen, insbesondere der Gesetzes- bzw. Entwurfsbegründung.²⁰ Ziel des ersten Schritts ist es gerade, die (Art der) Motive des Gesetzgebers festzustellen.²¹

So spricht etwa der Hinweis in einer Gesetzesbegründung, die im Rahmen einer Reform vorgenommenen Gesetzesänderungen führten „im Wesentlichen nicht zu einer Veränderung der materiellen Ergebnisse. Sie führen vielmehr zu einem einfacher handhabbaren und übersichtlicheren Recht“,²² gegen eine Regulierungsintention der Reform (nicht allerdings gegen die Regulierungsintention der ursprünglichen und neuen Normen). Führt die Gesetzesbegründung eines privatrechtlichen Gesetzes dagegen aus, die bisherige Rechtslage sei „auch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll“ gewesen,²³ zeigt dies deutlich, dass der Gesetzgeber nicht lediglich einen veränderten Interessenausgleich anstrebt, sondern mit der Änderung einen auf das Gemeinwohl bezogenen Regulierungszweck verfolgt. Eine solche Auslegung, die sich vorrangig auf (vorbereitende) Gesetzesmaterialien stützt, birgt allerdings die Gefahr, dass diese lediglich einen Zwi-

(2013), S. 75, 86 f. Grundlegend zur Objektivierung des Willens des Gesetzgebers *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 64 f., 73, 111.

¹⁷ Dazu etwa *Franzius*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 4 Rn. 16. Krit. *Grimm*, Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität (2012), S. 38.

¹⁸ Weitere Beispiele finden sich vor allem im Arbeitsrecht, z. B. § 1 TzBfG; § 1 AEntG. Siehe außerdem insbesondere § 1 UWG.

¹⁹ Zum Begriff der Gesetzesmaterialien siehe *Fleischer*, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ (2013), S. 1, 14–18; *ders.*, NJW 2012, 2087 ff.

²⁰ Siehe dazu auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 164 f.

²¹ Das Motiv wirkt sich selbstverständlich auch auf den Inhalt der Norm aus; dazu sogleich S. 652 ff.

²² Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 98 (zur Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts).

²³ Begr. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 89 (zum fehlenden „Recht auf zweite Andienung“).

schenstand des Gesetzgebungsverfahrens und nicht die Motive für die endgültige Vorschrift schildern. Lässt sich etwa eine umformulierte endgültige Fassung der Norm, entgegen den Anhaltspunkten in den Materialien zur älteren Fassung, bei jeder denkbaren Auslegung nur so verstehen, dass damit ein Interessenausgleich erreicht (und nicht etwa ein bestimmtes Interesse als Mittel zur Durchsetzung eines öffentlichen Zwecks gefördert) werden soll, muss davon ausgegangen werden, dass mit der Umformulierung die ursprüngliche Regulierungsintention aufgegeben worden ist. Regelmäßig wird sich das gefundene Ergebnis aber auch im Wortlaut der Norm widerspiegeln oder zumindest eine Auslegung ermöglichen, die der Regelung eine regulierende Funktion zuerkennt.

Fehlt es an eindeutigen Ausführungen in der Gesetzesbegründung, können auch die Umstände, die zum Erlass bzw. zur Änderung des Gesetzes Anlass gegeben haben, Aufschluss über die Intentionen des Gesetzgebers geben.²⁴ Allein aus dem Erlass eines neuen Gesetzes kann allerdings nicht auf eine regulatorische Motivation des Gesetzgebers geschlossen werden. Mit neuen privatrechtlichen (Neben-)Gesetzen will der Gesetzgeber regelmäßig entweder einen konkreten Lebensbereich im öffentlichen Interesse ordnen (z.B. durch Erlass des ProdHaftG) oder aber eine privatrechtliche Infrastruktur schaffen (z.B. durch Erlass des PartGG oder des LPartG). Während im ersten Fall die regulatorische Intention klar zu Tage tritt, muss im zweiten Fall genau geprüft werden, ob die Regelungen des neuen Regimes allein dem Gestaltungsinteresse der davon Gebrauch machenden Privatrechtssubjekte dienen sollen oder ob der Gesetzgeber darüber hinaus auch Steuerungszintentionen im öffentlichen Interesse verfolgt. Neue Gesetze, denen offensichtlich keine Regulierungsfunktion zukommt, sind etwa gegeben, wenn der Gesetzgeber bestimmte ordnungsbedürftige Fragen im Sinne eines Interessenausgleichs festlegen möchte, so z.B. die Möglichkeit der Todeserklärung von Verschollenen durch das VerschG. Änderungen, die rein kodifikatorische Zwecke (etwa die Integration von Nebengesetzen in die Hauptkodifikation ohne inhaltliche Änderungen) verfolgen, sind grundsätzlich ebenfalls nicht regulatorisch. Ansonsten verfolgen Änderungen bestehender Gesetze zwar häufig einen politischen bzw. steuernden Zweck (z.B. tatsächliche Entwicklungen zu korrigieren oder ihnen präventiv entgegenzuwirken); sie sind deshalb aber nicht zwingend regulatorisch. Auch die Neuadjustierung eines Interessenausgleichs (z.B. eine Verbesserung des Arbeitnehmerschutzes angesichts tatsächlich aufgetretener Defizite) kann politisch oder steuernd sein; von Regulierung soll

²⁴ Vgl. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 164. Obwohl in der Praxis der deutschen Gesetzgebung ein erheblicher Anteil auf die Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben zurückzuführen ist, wird auf diesen Fall im Folgenden nicht gesondert eingegangen, weil sich dabei keine besonderen Probleme stellen. Zwar gilt für den nationalen (deutschen) Gesetzgeber eine Umsetzungspflicht, so dass in diesen Fällen ein weiterer, heteronomer Grund für den Erlass des Gesetzes hinzukommt. Dafür verlagern sich die hier angestellten Überlegungen aber auf die Ebene des Unionsrechtsgebers. Soll in der Praxis die Funktion eines Gesetzes bestimmt werden, welches eine Richtlinie umsetzt, ist deshalb vorrangig die Funktion der Richtlinie gemäß dem geschilderten Verfahren zu ermitteln.

erst gesprochen werden, wenn die Norm auf die Verwirklichung *öffentlicher Interessen* jenseits des Ausgleichs der beteiligten Parteiinteressen abzielt.

Die bisherigen Überlegungen bezogen sich auf inhaltlich-konkrete Privatrechtsnormen. Dagegen muss im Falle von Generalklauseln differenziert werden:²⁵ Während die meisten Generalklauseln offen gefasst sind und die Gerichte daher erst konkrete Regulierungsziele daraus ableiten müssen,²⁶ gibt es auch solche Generalklauseln, mit denen der Gesetzgeber selbst ein spezifisches Regulierungsziel verfolgt, insbesondere aus Gründen des Allgemeinwohls eine konkrete Fallgruppe von Missbräuchen verhindern (z.B. § 3 UWG) oder bestimmte Interessen aus Allgemeinwohlgründen schützen möchte (z.B. § 1666 Abs. 1 BGB, § 93 Abs. 1 AktG). In den letztgenannten Fällen ist es die Aufgabe der Rechtsprechung, der konkreten gesetzgeberischen Regulierungsintention zum Durchbruch zu verhelfen. Diese Regulierungsintention ergibt sich bei solchen auf die Verhinderung von Missbräuchen oder die Gewährleistung bestimmter Allgemeinwohlintereessen ausgelegten Generalklauseln regelmäßig eindeutig aus dem Wortlaut der Norm, so dass sich auf der ersten Stufe der regulatorischen Rechtsanwendung keine besonderen Probleme ergeben.

2. Regulatorische Rechtsanwendung im engeren Sinne

Steht fest, dass es sich bei der für die Entscheidung des Falls relevanten Norm um ein regulatorisches Gesetz handelt, muss es im zweiten Schritt mit Blick auf die Regulierungsfunktion angewendet werden. Wesentlicher Bestandteil der regulatorischen Rechtsanwendung ist die zukunftsgerichtete Steuerung. Die Aufgabe der regulatorischen Rechtsanwendung besteht deshalb darin, durch die Entscheidung des Einzelfalles zugleich die Verhaltensanforderungen für jemanden zu konkretisieren, der sich zukünftig in einer dem entschiedenen Sachverhalt vergleichbaren Situation (einer „typischen Situation“) befindet. Der Unterschied zur Entscheidung nicht-regulatorischer Privatrechtsfälle ist also, dass nicht nur die gesetzesgemäße Lösung des Streits zwischen den beteiligten Parteien ermittelt werden muss. Regulatorisch ist die Rechtsanwendung, wenn das Gericht die Rechtsfolge so festlegt, dass sie (zugleich) das generelle Regulierungsziel für die „typische Situation“ konkretisierend fortschreibt, um so das durch den Gesetzgeber verfolgte Gemeinwohlziel zu verwirklichen.²⁷ So hat z.B. der BGH entschieden, dass bei einer gesamtschuldnerischen Bußgeldhaftung mehrerer für die Verletzung von im öffentlichen Interesse erlassener Pflichten (im konkreten Fall ging es um Verstöße gegen das Kartellrecht) die Gesamtschuldner nicht gemäß der Grundregel des § 426 Abs. 1 S. 1 BGB zu gleichen Teilen haften, sondern sich der Gesamtschuldnerausgleich ausschließlich an dem Verschuldensbeitrag jedes

²⁵ Ausführlich zu den unterschiedlichen Arten von Generalklauseln unten S. 684.

²⁶ Dazu unten S. 696 ff.

²⁷ Zu möglichen Konflikten zwischen diesen beiden Zielen siehe unten S. 671 ff.

einzelnen Gesamtschuldners zu orientieren hat, um so die verhaltenssteuernde Wirkung des Bußgelds aufrecht zu erhalten.²⁸ Damit wird potentiellen Schädigern signalisiert, dass sie eine verhaltenssteuernde Geldbuße nicht durch eine „Umverteilung“ auf Mithaftende werden abmildern können.

Leitfrage der regulatorischen Rechtsanwendung ist, welche tatsächlichen Wirkungen eintreten würden, wenn die Rechtsnorm einen bestimmten Inhalt hätte, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie einen solchen oder einen alternativen Inhalt haben soll.²⁹ Für die konkrete Rechtsanwendung durch den Zivilrichter bedeutet dies, dass er in einem ersten Schritt die „typische Situation“ herausarbeiten, d. h. die tatsächliche Situation des Regulierungsadressaten so verallgemeinern muss, dass sich die typischen Anreizwirkungen möglicher unterschiedlicher Rechtsfolgen für jemanden in einer vergleichbaren zukünftigen Situation untersuchen lassen. Sodann ist die Entscheidungsalternative zu ermitteln und eine Differentialanalyse zwischen unterschiedlichen möglichen Auslegungsergebnissen dahingehend vorzunehmen, welche Gesetzesanwendung zur Erreichung des Regulierungsziels (d. h. des Gemeinwohlziels) am besten geeignet ist. Im Einzelnen:

a. Konstruktion der „typischen Situation“

In Fällen regulatorischer Rechtsanwendung kann das Gericht nicht bei der Ermittlung des Sachverhalts stehen bleiben, sondern muss – zur Vorbereitung der regulatorischen Entscheidung – darüber hinaus die „typische Situation“ identifizieren und in tatsächlicher Hinsicht untersuchen. Dazu ist in einem ersten Schritt der Tatbestand der potentiellen Verhaltensnorm zu konstruieren, die am Ende der regulatorischen Rechtsanwendung als Konkretisierung der generellen gesetzlichen Steuerung stehen könnte. In einem zweiten Schritt sind sodann die sozialen bzw. sachlichen Gesetzmäßigkeiten einer solchen „typischen Situation“ zu untersuchen, um den Rahmen der möglichen regulatorischen Evaluation zu gewinnen.

Zunächst sind demnach diejenigen Merkmale des zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalts zu identifizieren, die sich als Tatbestand einer die generelle gesetzliche Vorgabe konkretisierenden Verhaltensnorm eignen, also einen Zusammenhang zu dem gesetzgeberischen Gemeinwohlziel aufweisen. Dies kann anhand eines aktuellen BGH-Urteils erläutert werden:³⁰

Die Klägerin verlangte Schadensersatz wegen eines Verkehrsunfalls, bei dem sie, während sie an einem Nachmittag mit dem Fahrrad auf dem Weg zur Arbeit war, durch eine von dem Beklagten plötzlich geöffnete Autotür vom Fahrrad stürzte und sich schwere Kopfverletzungen zuzog, die beim Tragen eines Fahrradhelms mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vermeiden gewesen wären. Dieser Sachverhalt kann (unter der Annahme, dass der Gesetzgeber

²⁸ Vgl. BGHZ 203, 193, 202.

²⁹ Dazu bereits oben S. 409.

³⁰ Vgl. BGH NJW 2014, 2493.

mit dem Haftungsrecht im Straßenverkehr eine Erhöhung der Gesamtverkehrssicherheit als Gemeinwohlbelang verfolgt) als Tatbestand einer der regulatorischen gesetzlichen Vorschriften über Schadensersatz und Mitverschulden im Straßenverkehr konkretisierenden Verhaltensnorm umformuliert werden, der etwa wie folgt lauten könnte: „Wer sich als Fahrradfahrer im Straßenverkehr verkehrsgerecht verhält, aber keinen Fahrradhelm trägt, ...“.

Im Prinzip folgt die Konstruktion der „typischen Situation“ den gleichen Regeln wie die Subsumtion gesetzlicher Normen auf einen konkreten Fall, nur in umgekehrter Richtung.³¹ Der Richter muss also eine Wertungsentscheidung treffen, welche Umstände des konkreten Falls unter Regulierungsgesichtspunkten (d. h. in Hinblick auf das Gemeinwohlziel) wesentlich sind und welche allein den Einzelfall oder Aspekte des Interessenausgleichs charakterisieren. In dem vorgeschlagenen Beispieltatbestand wurde etwa für unerheblich erachtet, zu welcher Tageszeit sich der Unfall ereignete, dass es sich um eine Frau handelte und dass sich diese auf dem Arbeitsweg befand. Durch solche Vorentscheidungen begibt sich der Richter der Möglichkeit, eine in diesen Hinsichten differenzierende Verhaltensnorm zu promulgieren, also etwa eine Pflicht³² zum Tragen von Fahrradhelmen nur nachts anzunehmen, Frauen generell oder sofern sie auf dem Arbeitsweg sind (z. B. wegen der Einwirkungen eines Helms auf die Frisur) in Bezug auf eine Helmtragepflicht zu privilegieren oder generell nur beim Fahrradfahren zu Sportzwecken³³ das Tragen von Fahrradhelmen zu verlangen. Bei der Entscheidung, welche Umstände für die „typische Situation“ relevant sein sollen, kann sich der Richter bis zu einem gewissen Grade daran orientieren, welche Faktoren das zu konkretisierende generell-abstrakte Gesetz berücksichtigt. So stellt etwa die StVO, die allgemein dem gleichen Gemeinwohlziel der Verkehrssicherheit dienen soll, nicht auf das Geschlecht der Verkehrsteilnehmer oder den Zweck der Straßennutzung ab, und die Tageszeit spielt nur indirekt (nämlich im Zusammenhang mit dem Grad der Helligkeit) eine Rolle für die Pflicht zur Beleuchtung (vgl. § 17 StVO), nicht aber für Sicherheitsvorkehrungen wie Anschnall- oder Helmpflichten (vgl. § 21a StVO).

In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, welchen Sachgesetzmäßigkeiten die tatsächliche Situation folgt. Im obigen Beispiel ist etwa zu untersuchen, wie sich das Tragen von Fahrradhelmen auf die Anzahl und die Schwere von Verletzungen durch Verkehrsunfälle mit Fahrradfahrern auswirkt.³⁴ Gerade bei Fällen aus

³¹ Dieser Vorgang weist keine besonderen Schwierigkeiten auf, denn auch bei der herkömmlichen Rechtsanwendung muss der Richter den Fall generalisieren, um die für eine Subsumtion in Betracht kommenden Normen identifizieren zu können; vgl. aus richterlicher Sicht *Strauch*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), *Subsumtion* (2012), S. 335 ff. (der insoweit von „Mustererkennung“ spricht).

³² Streng genommen handelt es sich um eine Obliegenheit i. S. v. § 254 Abs. 1 BGB. Da dieser Unterschied für die Regulierungswirkung aber irrelevant ist, wird im Folgenden vereinfachend von einer „Pflicht“ gesprochen.

³³ In diese Richtung OLG Düsseldorf NZV 2007, 614, 618 (Helmtragepflicht für „Radsport betreibende Rennradfahrer“, nicht aber für den „herkömmlichen Freizeitradfahrer“).

³⁴ Ausführlich dazu *Morell*, AcP 214 (2014), 387, 404–421.

dem Bereich des Wirtschaftsrechts können sich dabei schwierige Fragen stellen. Geht es etwa darum, ob börsennotierte Unternehmen, die vorsätzlich eine inhaltlich falsche Pressemitteilung veröffentlichen, dafür haften sollen,³⁵ muss untersucht werden, wie sich fehlerhafte Kapitalmarktinformationen auf die Preisbildung auswirken und welche Folgen fehlerhafte Preise für das Unternehmen und die Anleger haben.³⁶

Derartige Fragen können, wie bereits oben ausführlich diskutiert,³⁷ grundsätzlich nur unter Rückgriff auf die Erkenntnisse der Sozial- und/oder Naturwissenschaften (im letzten Beispielsfall: der Ökonomik) sachgerecht beantwortet werden. Für den Richter bedeutet dies eine erhebliche Arbeitsbelastung, die dazu führt, dass aufwändigere Analysen im Regelfall nur von Obergerichten durchgeführt werden können, die dazu auf fachlich geschulte Hilfskräfte zugreifen können sollten.³⁸ Zusätzlich gehört die Erarbeitung sozialer und sonstiger Sachgesetzmäßigkeiten unterschiedlicher Lebensbereiche als vorbereitende Grundlage für eine regulatorische Rechtsanwendung zu den möglichen Betätigungsfeldern einer wissenschaftlichen regulatorischen Rechtsdogmatik.³⁹

b. Ermittlung der Entscheidungsalternative

Der nächste (Teil-)Schritt besteht darin, durch Auslegung des Gesetzes die möglichen alternativen Rechtsfolgen zu ermitteln, die zugleich als Lösung des zur Entscheidung anstehenden Einzelfalls und zur regulatorischen Konkretisierung des Gesetzes im Gemeinwohlinteresse in Betracht kommen.

aa. Ausgangspunkt Gesetzesauslegung

An dieser Stelle liegt der Verbindungspunkt zwischen der regulatorischen Rechtsanwendung und den herkömmlichen Auslegungskanones, denn die in Betracht kommenden alternativen Gesetzesverständnisse müssen durch Auslegung des Gesetzes gewonnen werden. Anders gewendet: Die Auslegungsgrundsätze und die Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung stecken den Rahmen ab, in dem sich die regulatorische Rechtsanwendung bewegen muss.⁴⁰

Für die Auslegung bestehen, wie gesehen, kaum konkrete verfassungsrechtliche Vorgaben. Das BVerfG betont den Grundsatz der Gewaltenteilung und sucht im Wesentlichen zu verhindern, dass sich der Richter legislative Kompetenzen anmaßt.⁴¹ Der Grund, weshalb es so wenige verfassungsrechtliche Vorgaben gibt, mag auch darin liegen, dass im deutschen Rechtsraum die Kanones der

³⁵ Vgl. BGHZ 192, 90.

³⁶ Ausführlich dazu *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 111–164.

³⁷ Siehe oben S. 413 ff.

³⁸ Ausführlich zu den institutionellen Voraussetzungen einer regulatorischen Rechtsanwendung unten S. 716 ff.

³⁹ Vgl. oben S. 407.

⁴⁰ Dazu bereits oben S. 409.

⁴¹ Ausführlich oben S. 397 f. und S. 398 ff.

Auslegung seit fast zwei Jahrhunderten weitgehend feststehen.⁴² Bereits *Savigny* unterschied das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element der Auslegung.⁴³ Obwohl häufig betont wird, dass diese klassischen Kanones überholt seien,⁴⁴ bilden sie nach wie vor die Grundstruktur der heutigen Rechtsanwendung, wiewohl ergänzt um die teleologische Auslegung und teils um die verfassungskonforme Auslegung.⁴⁵ Demgegenüber sind die Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung neueren Datums; sie wurden wesentlich durch das BVerfG geprägt und sind genuin verfassungsrechtlicher Natur.⁴⁶

Die regulatorische Privatrechtsanwendung macht von diesem methodischen Rahmen – im Vergleich zur herkömmlichen Rechtsanwendung, die sich an den in dieser Studie als Interessenausgleichs- und Infrastrukturfunktion des Rechts bezeichneten Rechtsfunktionen ausrichtet – einen erweiterten Gebrauch. Denn Ziel der regulatorischen Rechtsanwendung ist es nicht, direkt ein Auslegungsergebnis zu generieren, sondern zuerst die alternativ möglichen Rechtsfolgen als Grundlage eines Folgenvergleichs zu ermitteln und dann erst aufgrund dieses Vergleichs zu entscheiden, welche Rechtsfolge dem gesetzlichen Regulierungsziel entspricht. Zur Ermittlung der Entscheidungsalternative ist es erforderlich, zunächst die gesetzliche Regelung nach Wortlaut, Systematik und dem Begriffsverständnis des historischen Gesetzgebers auszulegen. Im obigen Beispielsfall des Fahrradfahrens im Straßenverkehr ohne Helm ist demgemäß § 254 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. m. § 9 StVG) auszulegen. Stark vereinfacht ergibt eine solche Auslegung folgendes Ergebnis: Nach dem Wortlaut kommt es darauf an, ob das Nichttragen eines Helms ein „Verschulden des Beschädigten“ darstellt; im Wege der systematischen Auslegung kann man ermitteln, dass § 21a Abs. 2 StVO lediglich eine gesetzliche Pflicht zum Tragen von Schutzhelmen beim Fahren von Krafträdern,

⁴² Vgl. *Vogennauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent (2001), S. 29 f. Plakativ *Morlok*, in: *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), Subsumtion (2012), S. 179, 204: „Wie anders sollte man sich denn der Erschließung des Bedeutungsgehaltes einer Norm nähern?“

⁴³ *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I (1840), S. 213 f.

⁴⁴ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 437; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III (1976), S. 688 mit Fn. 77; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 140, 163. Als Grund wird meist genannt, dass logische und grammatische Auslegung nicht zu trennen seien, und dass die teleologische Auslegung nicht hinreichende Berücksichtigung finde. Als früher Vorläufer der heutigen teleologischen Auslegung können allerdings die Ausführungen bei *Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts² (1806), S. 27–41, insbesondere S. 40 f. gelten.

⁴⁵ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 455–457; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV (1977), S. 361–368; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 159–163; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen³ (1999), S. 172–177; *Rückert/Seinecke*, in: dies. (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts² (2012), S. 23, 27–30.

⁴⁶ Ausführlich dazu unten S. 674 ff. Zur parallelen Entwicklung im juristischen Schrifttum siehe die zusammenfassende Darstellung bei *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters (1975), S. 98–102. Zu den historischen Vorläufern in Form richterlicher Gesetzesbindung im 19. Jahrhundert *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (1986), S. 39–61 und passim; zur Rechtsfortbildung in der Weimarer Republik *Nörr*, Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit (1996) (zur Inflationsrechtsprechung des Reichsgerichts).

nicht aber von Fahrrädern vorsieht; der historische BGB-Gesetzgeber hat sich mit Fahrradhelmen nicht befasst, so dass insoweit keine auslegungsdienlichen Hinweise zu erlangen sind. Nimmt man diese Ergebnisse zusammen, ist es sowohl möglich, eine Pflicht zum Tragen eines Schutzhelms beim Fahrradfahren aus § 254 Abs. 1 BGB herzuleiten als auch im Gegenschluss zu § 21a Abs. 2 StVO eine solche Pflicht zu verneinen. Erforderlich ist eine Wertungsentscheidung.⁴⁷ Es kommt deshalb entscheidend auf den „Sinn und Zweck“ des Gesetzes, also auf die teleologische Auslegung, an.⁴⁸

bb. Besonderheiten der teleologischen Auslegung regulatorischer Gesetze

Der teleologischen Auslegung kommt eine zentrale Bedeutung für die regulatorische Rechtsanwendung zu. Sie leitet nicht nur die gerichtliche Ableitung von Regulierungszielen an, wenn der Gesetzgeber lediglich die generelle Richtung der Regulierung, nicht aber ein konkretes Regulierungsziel vorgeben hat,⁴⁹ sondern stellt vor allem sicher, dass die Rechtsanwendung so erfolgt, dass sie das Regulierungsziel (sei es konkret gesetzlich festgelegt oder durch die Gerichte gewonnen) bestmöglich verwirklicht. Im Folgenden geht es um diesen zweiten Aspekt.

Das Ziel der regulatorischen Rechtsanwendung besteht darin, das auf die Verwirklichung eines konkreten Gemeinwohlinteresses gerichtete Regulierungsziel in eine praktische Regulierungswirkung zu übersetzen. Im Bereich der teleologischen Auslegung gibt es allerdings eine Vielzahl unterschiedlicher Ansätze zur Bestimmung der *ratio legis*. So können einerseits rechtsethische Prinzipien wie die *iustitia commutativa* herangezogen werden, um den Zweck einer konkreten Regelung zu bestimmen oder andererseits für einen Regelungsbereich (z. B. das Wirtschaftsrecht) spezifische Steuerungsziele wie das ökonomische Effizienzziel postuliert werden.⁵⁰ Wichtiger im vorliegenden Zusammenhang ist aber eine andere Unterscheidung: Bei beiden gerade beschriebenen Ansätzen geht es darum, aus einem Gesamtzusammenhang (Makro-Ebene) die Ziele einer einzelnen Norm (Mikro-Ebene) abzuleiten. Im Privatrecht, das im Allgemeinen dem Interessenausgleich dient und nur punktuell zur Regulierung eingesetzt wird, stehen die einzelnen Regulierungsziele aber häufig nicht in einem übergreifenden *privatrechtlichen* Zusammenhang.⁵¹ Es gibt zwar Privatrechtsgesetze wie das GWB

⁴⁷ Vgl. Kudlich / Christensen, JA 2004, 74 ff.: „Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten“.

⁴⁸ Vgl. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 453 f.: „Die ‚objektiv-teleologische‘ Auslegung wird jedenfalls nötig, wenn das gestellte Auslegungsproblem mit den bisher erörterten Mitteln, etwa wegen Fehlens ergiebigen historischen Materials, nicht zu lösen ist.“

⁴⁹ Dazu unten S. 701 ff.

⁵⁰ Ausführlich zu diesen Unterschieden unten S. 696 ff.

⁵¹ K. F. Röhl / H. C. Röhl, Allgemeine Rechtslehre³ (2008), S. 621 wollen demgemäß „zwischen allgemeinen Gesetzen mit Ordnungscharakter und Zweck- oder Maßnahmegesetzen [...] unterscheiden“. Ganz ähnlich Mittenzwei, Teleologisches Rechtsverständnis (1988), S. 268, der zwischen Gesetzen „mit überwiegend in die Zukunft gerichteter Planungs- oder Steuerungs-

oder das UWG, die als solche eine regulatorische Ausrichtung haben, so dass die regulatorischen Zwecke der einzelnen Normen (Mikro-Ebene) durch Rückgriff auf eine generelle regulatorische Zielsetzung (Makro-Ebene) gewonnen werden können. Regelmäßig stellen regulatorische Ziele einzelner Privatrechtsnormen (z. B. des Minderungsausschlusses gemäß § 536 Abs. 1a BGB) aber Fremdkörper im *privatrechtlichen* Gesamtzusammenhang der Regelung dar, weil sie anderweitig im Verwaltungs- oder Strafrecht verfolgte übergreifende Regulierungskonzepte lediglich privatrechtlich ergänzen (so ist § 536 Abs. 1a BGB Bestandteil der – ansonsten rein öffentlich-rechtlichen – Regulierung zur Förderung der Energiewende). Anders gewendet bedeutet dies, dass es zu einem Konflikt kommen kann zwischen dem konkreten Regulierungsziel (sei dieses explizit durch den Gesetzgeber formuliert oder durch das Gericht aus dem Regulierungskontext abgeleitet) und anderen möglichen Zwecken der Norm, die unter Rückgriff auf eine den *privatrechtlichen* Kontext der Regelung prägende Makro-Ebene gewonnen werden. Dabei geht es nicht stets um einen Konflikt zwischen Interessenausgleichsfunktion und Regulierungsfunktion, sondern es gibt auch Konstellationen, in denen die privatrechtliche Makro-Ebene als solche regulatorisch ist (z. B. wenn ein Gesetz insgesamt der Verhinderung von Marktversagen dienen soll), aber die konkrete Norm auf der Mikro-Ebene ein davon abweichendes Regulierungsziel (z. B. den Umweltschutz) verfolgt.

Ein solcher Zielkonflikt stellt ein Problem für die Gesetzesanwendung dar, weil ein Gesetz stets nur als Mittel zur Verfolgung *eines* Ziels optimiert werden kann. Zwar können etwaige Nebenzwecke der Regelung (z. B. der Schutz der Grundrechte) berücksichtigt werden;⁵² es ist aber nicht möglich, gleichzeitig unterschiedliche *Hauptzwecke* verfolgen, die anders als Nebenzwecke nicht hierarchisch abgestuft sind. So kann etwa eine Vorschrift grundsätzlich – d. h. abgesehen von seltenen Ausnahmefällen, in denen zufälligerweise beide Ziele kongruent verlaufen – nicht gleichzeitig sowohl einen *optimalen* Interessenausgleich zwischen den beteiligten Personen erzielen als auch ein Gemeinwohlziel (z. B. den Umweltschutz) *bestmöglich* verwirklichen.

Für die praktische Wirksamkeit der Regulierung ist aber entscheidend, dass bei regulatorischen Privatrechtsgesetzen allein das konkrete Regulierungsziel zur Bestimmung der *ratio legis* herangezogen wird. Würden demgegenüber mehrere unterschiedliche Ziele zugelassen und etwa je nach Fallkonstellation in einen abwägenden Ausgleich gebracht, eröffneten sich notwendigerweise Umgehungsmöglichkeiten, die den Erfolg der Regulierung insgesamt gefährden können.⁵³ Sofern es sich um ein Regulierungsziel handelt, das der Gesetzgeber konkret gesetzt hat, ist es bereits deshalb als allein maßgeblich der Auslegung zugrunde

funktion und solchen mit überwiegend rückwärtsgewandter Ordnungsfunktion“ unterscheiden möchte. Auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV (1977), S. 365 unterscheidet im Rahmen der Zweckauslegung nach unterschiedlichen Funktionen des Gesetzes.

⁵² Siehe dazu bereits oben im Zusammenhang mit der Gesetzgebung S. 620 ff. und S. 624 f.

⁵³ Instruktiv dazu *Katz*, 39 J. Leg. Stud. 1 (2010).

zu legen. Zwar bestimmt die ganz h.M. das Ziel der Gesetzesauslegung in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG⁵⁴ grundsätzlich als Ergründung des *objektiv-teleologischen* Gesetzessinnes.⁵⁵ Es ist aber eine allgemein anerkannte Ausnahme, dass die konkreten Zwecke des Gesetzgebers stets Vorrang genießen, gerade auch dann, wenn sie sich bewusst und erkennbar über die Strukturen des Sachbereichs (hier als privatrechtliche Makro-Ebene bezeichnet) hinwegsetzen.⁵⁶ Aber auch dann, wenn der Gesetzgeber die Gerichte dazu ermächtigt, Regulierungsziele aus einem Gesamtkontext abzuleiten,⁵⁷ ergibt sich aus der besonderen Eigenart von Regulierungszielen, auf konkrete *Steuerungswirkungen* ausgerichtet zu sein, ein Vorrang vor konkurrierenden Gesetzeszwecken im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegung. Dies ist gar keine Besonderheit der Regulierung, sondern gilt für alle Regelungen, die ein bestimmtes Steuerungsziel verfolgen, etwa auch (dem Interessenausgleich zuzurechnende) Vorschriften des Mieter- oder Arbeitnehmerschutzes, die darauf ausgerichtet sind, einen konkreten Missstand wirksam zu beheben. Soll „die tatsächliche Erreichung des Gestaltungsziels zum dominierenden Gesichtspunkt der Auslegung“ gemacht werden,⁵⁸ können andere potentielle Gesetzeszwecke keine Berücksichtigung finden. Deshalb gebührt bei regulatorischen Gesetzen im Konfliktfall dem Regulierungsziel stets Vorrang vor allen alternativen Möglichkeiten zur Bestimmung der *ratio legis*.

Ein Beispiel kann dies verdeutlichen: Nimmt der Vermieter eine energetische Modernisierung an seinem Wohngebäude vor, die einem konkreten Mieter nur zu einem geringen Anteil in Form zukünftig niedriger Energieverbrauchskosten zugutekommt (z.B. weil er eine Mansardenwohnung mit großem Dachgeschoß bewohnt, aber lediglich die Außenwände neu gedämmt werden), stellt sich die Frage, ob der Mieter trotzdem gemäß § 536 Abs. 1a BGB für die Dauer von drei Monaten auf eine Mietminderung wegen der verminderten Tauglichkeit der Wohnung verzichten muss. § 555b Nr. 1 BGB, auf den § 536 Abs. 1a BGB verweist, stellt klar, dass es zu einer Energieeinsparung „in Bezug auf die Mietsache“ kommen muss, weshalb solche Sanierungen, die ausschließlich den Nachbarn dienen, nicht unter § 536 Abs. 1a BGB fallen.⁵⁹ Damit ist aber noch nicht geklärt,

⁵⁴ BVerfGE 1, 299, 312; 8, 274, 307; 10, 234, 244; 11, 126, 130 f. Siehe auch oben S. 397.

⁵⁵ Demgegenüber will eine Mindermeinung „subjektiv-historisch“ vorgehen und postuliert die Rekonstruktion des Willens des historischen Gesetzgebers als Ziel der Auslegung. Siehe zu diesem Streit z.B. *Fleischer*, in: ders. (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“* (2013), S. 1, 5–14; *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. III (1976), S. 662–668; *Reichelt*, *Die Absicherung teleologischer Argumente* (2011), S. 37–43; *Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*⁵ (2011), S. 27–34 jeweils mit umfangreichen Nachweisen. Zur Entwicklung der unterschiedlichen Auffassungen siehe auch die Ausführungen zur Interessen- und Wertungsjurisprudenz oben S. 358 und S. 362 f.

⁵⁶ Siehe nur *Larenz / Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 154.

⁵⁷ Dazu ausführlich unter S. 673 ff.

⁵⁸ *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 235.

⁵⁹ *Hinz*, NZM 2009, 209, 212.

in welchem Umfang der Mieter von der Sanierung profitieren muss, damit der Minderungsausschluss eingreift. Eine auf Gerechtigkeitswertungen gründende teleologische Auslegung könnte zur Beantwortung dieser Frage darauf abstellen, dass die Minderung Ausfluss des Äquivalenzprinzips ist,⁶⁰ welches einem Ausschluss des Minderungsrechts enge Grenzen zieht, so dass lediglich in solchen Fällen, in denen der Mieter über die Reduktion zukünftiger Nebenkosten von der Modernisierung mindestens in Höhe der ansonsten zulässigen Mietminderung profitiert, eine Durchbrechung in Frage komme. Eine solche Argumentation wäre darauf ausgerichtet, den als „Fremdkörper“ erscheinenden Minderungsausschluss möglichst nahtlos in den Interessenausgleich zwischen den Parteien einzufügen, indem auf die Wertungen der iustitia distributiva (Makro-Ebene) zur Bestimmung der ratio legis des Minderungsausschlusses (Mikro-Ebene) zurückgegriffen wird. Ebenso wäre es möglich, im Rahmen einer teleologischen Auslegung unter Verweis auf die ökonomische Effizienz als Grundprinzip des Wirtschaftsverkehrs (alternative, in diesem Fall regulatorische Makro-Ebene) für eine einschränkende Auslegung des Minderungsausschlusses zu argumentieren. So könnte man darauf verweisen, dass Wohlstandsverluste drohen, wenn Mieter, auf die die Kosten der energetischen Sanierung durch den Minderungsausschluss und mögliche Mieterhöhungen umgelegt werden, ohne dass dies später durch niedrigere Verbrauchskosten kompensiert wird, aufgrund dieser Sonderbelastung umziehen müssen. Demgegenüber zeigt die Gesetzesbegründung eindeutig, dass der Gesetzgeber sehenden Auges das Äquivalenzprinzip partiell außer Kraft setzen und die Mieter ohne weitere Voraussetzungen an den Kosten der energetischen Sanierung durch den Minderungsausschluss beteiligen wollte (Mikro-Ebene), um das Regulierungsziel zu erreichen, die „Energiewende“ zu fördern.⁶¹ Jedenfalls so lange wie die Energiewende als gesetzgeberisches übergreifendes Regulierungskonzept (regulatorische Makro-Ebene) fortbesteht⁶² und es keinen Grund gibt, an seiner Verfassungskonformität zu zweifeln,⁶³ muss daher der Rekurs auf andere Makro-Ebenen wie das Äquivalenzprinzip oder das Effizienzprinzip abgeschnitten sein.

⁶⁰ Vgl. Häublein, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 536 Rn. 1.

⁶¹ Vgl. RegE BT-Drucks. 17/10485, S. 13: „[A]ngesichts der aktuellen energie- und klimapolitischen Herausforderungen [besteht] Anpassungsbedarf im Mietrecht.“ Ebd., S. 16: „Durch den Minderungsausschluss bei energetischer Modernisierung nach § 536 Absatz 1a BGB können für die Dauer von maximal drei Monaten Belastungen für den Mieter entstehen. [...] Den durch den Minderungsausschluss entstehenden Belastungen für den Mieter stehen entsprechende Entlastungen des Vermieters in gleicher Höhe gegenüber.“ Ebd., S. 17: „Hierdurch [i. e. den Ausschluss des Minderungsrechts] sollen energetische Modernisierungen erleichtert werden.“

⁶² Zum Wegfall einer gesetzgeberischer Regulierungsintention unten S. 668.

⁶³ Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit siehe nur *Hinz*, NZM 2009, 209, 210 f.

cc. Notwendige Möglichkeit einer Entscheidungsalternative

Auch wenn bei regulatorischen Gesetzen die *ratio legis* allein anhand des Regulierungsziels bestimmt wird, ist damit noch nicht das Ergebnis der Auslegung, sprich die auszusprechende regulatorische Rechtsfolge determiniert. Regulatorische Rechtsanwendung soll nicht nur den konkreten Rechtsstreit entscheiden, sondern zielt zugleich darauf ab, Anreize für Regulierungsadressaten zu setzen, sich in einer „typischen Situation“ gemäß dem gesetzlich verfolgten Gemeinwohlziel zu verhalten. Diese angestrebte Regulierungswirkung und damit die richtige regulatorische Rechtsanwendung hängen wesentlich von der Prognose ab, welche von mehreren möglichen Rechtsfolgen die besten Anreizwirkungen für die Regulierungsadressaten entfaltet. Ein solcher Wirkungsvergleich, auf dessen konkrete Durchführung anschließend ausführlich eingegangen wird,⁶⁴ ist allerdings nur möglich, wenn überhaupt eine Entscheidungsalternative besteht, wenn also dem Gericht – vor Durchführung des Wirkungsvergleichs – die theoretische Möglichkeit offensteht, mindestens zwei unterschiedliche Rechtsfolgen auszusprechen.⁶⁵

Käme es für die Gesetzesauslegung allein auf die *ratio legis* an, wäre die Herstellung einer Entscheidungsalternative kein Problem. Der Richter könnte aufgrund einer Norm jegliche Rechtsfolge aussprechen, die geeignet erscheint, das Regulierungsziel zu erreichen – alle diese potentiellen Rechtsfolgen könnten zum Gegenstand des Wirkungsvergleichs gemacht werden. Ein solcher Ansatz würde aber ein einzelnes Auslegungselement verabsolutieren und damit die verfassungsrechtlichen „Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung“⁶⁶ sprengen. Auch wenn eine „reine Wortlautauslegung“ aus sprachphilosophischen Gründen gar nicht möglich ist,⁶⁷ ist es von Verfassungs wegen erforderlich, dass das Auslegungsergebnis vor dem Hintergrund *sämtlicher* Auslegungskanonens begründet werden kann.⁶⁸ Dies ist die methodische Kehrseite der obigen Erkenntnis, dass eine rein folgenorientierte Betrachtungsweise zwar wünschenswerte Rechtsfolgen benennen, diese aber nicht normativ begründen kann.⁶⁹ Auch im Rahmen der regulatorischen Rechtsanwendung müssen die Grenzen beachtet werden, die aus der anerkannten Auslegungsme-

⁶⁴ Unten S. 664 ff.

⁶⁵ Dies scheint auf den ersten Blick mit dem Postulat zu kollidieren, dass es auf jede Rechtsfrage nur eine richtige Antwort geben kann; dazu *Canaris*, Grazer Universitätsreden 50 (1993), 23, 41. Im Ergebnis besteht aber kein Widerspruch, denn erst die Durchführung des Wirkungsvergleichs als Teil der (erweiterten) teleologischen Auslegung enthüllt, welche der theoretisch denkbaren Rechtsfolgen der durch das Regulierungsziel bestimmten *ratio legis* am besten entspricht und daher auszusprechen ist.

⁶⁶ BVerfGE 135, 1, 16 m. w. N. Ausführlich oben S. 397 f.

⁶⁷ So überzeugend *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387, 393–422.

⁶⁸ Das BVerfG formuliert, die Auslegung dürfe sich nicht „in krassen Widerspruch zu allen zur Anwendung gebrachten Normen“ setzen; BVerfGE 113, 88, 103.

⁶⁹ Siehe oben S. 382 f.

thodik erwachsen.⁷⁰ Die Frage, ob es eine Entscheidungsalternative gibt, lässt sich demnach reformulieren als eine solche nach dem Verhältnis der unterschiedlichen Auslegungsgrundsätze zueinander, speziell der Bedeutung der teleologischen Auslegung.

Lässt man als Gedankenexperiment die Möglichkeit der (objektiv-)teleologischen Auslegung für einen Moment beiseite, zeigt sich, dass die sonstigen Elemente der Gesetzesauslegung in vielen Fällen keine eindeutigen Resultate hervorbringen. Der Prozess der Rechtsanwendung ist eben kein Automatismus,⁷¹ und der Richter ist kein „Subsumtionsautomat“.⁷² Insbesondere der Wortlaut setzt zwar äußere Grenzen, lässt aber selten nur eine einzige Rechtsfolge als zulässige Lösung des konkreten Falls zu. Es ist gerade diese grundsätzliche Indetermination, in welche die teleologische Auslegung hineinstößt, um die Auslegungsfrage zu entscheiden. Deshalb ist es folgerichtig, dass die objektiv-teleologische Auslegung ihrer Konzeption nach nicht ein „Auslegungselement“ neben anderen bildet, sondern – auch jenseits der regulatorischen Rechtsanwendung – für sich eine gewisse Vorrangstellung beansprucht.⁷³ Lässt man im Gedankenexperiment die Möglichkeit einer mehr oder weniger dezisionistischen⁷⁴ Beendigung der Aus-

⁷⁰ Zu den Möglichkeiten einer Rechtsfortbildung in diesem Bereich ausführlich unten S. 705 ff.

⁷¹ Rötzel, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 23 spricht zutreffend von einer „schöpferische[n] Aufgabe der Normkonkretisierung“.

⁷² Zu den historischen Grundlagen dieses Bildes siehe Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? (1986), S. 39–61 und passim. Die Frage der Automatisierbarkeit von Rechtsanwendung hat erst kürzlich wieder Anlass zur Debatte gegeben, ausgelöst durch das Buch Raabe/Wacker/Oberle u. a., Recht ex machina (2012); siehe dazu die Rezension von Kotsoglou, JZ 2014, 451 ff. mit Erwiderung von M. Engel, JZ 2014, 1096 ff. und Schlusswort von Kotsoglou, JZ 2014, 1100 ff.

⁷³ Plakatativ BGHZ 17, 266, 276: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck.“ Für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung siehe Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent (2001), S. 53 mit Fn. 251–253. Siehe auch Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 91 mit Fn. 23: „Die oft vertretene Ansicht, es lasse sich zwischen den einzelnen Ausbildungsmitteln kein festes Rangverhältnis aufstellen, verdient keine Zustimmung. Vielmehr gebührt letztlich stets der teleologischen Auslegung der Vorrang, und das wird im praktischen Ergebnis heute auch nahezu allgemein berücksichtigt.“ (Hervorhebung im Original). Ähnlich auch Tipke, in: FS v. Wallis (1985), S. 133, 135: „Es gibt keine grammatische, systematische und historische Auslegung neben der teleologischen Auslegung. Vielmehr ist teleologisch oder nach dem Gesetzeszweck auszulegen. Grammatik, System und Historie sind nur Mittel, den Gesetzeszweck herauszufinden.“ (Hervorhebung im Original).

Will der Richter dem Ergebnis der objektiv-teleologischen Auslegung nicht folgen, muss er deshalb darlegen, dass der Norm in Wirklichkeit eine andere ratio legis zugrunde liegt als etwa von der Vorinstanz angenommen. Für ein Beispiel siehe die S. 648, Fn. 11 zitierten Ausführungen des BGH.

⁷⁴ Kritisch zur objektiv-teleologischen Auslegung etwa Herzberg, NJW 1990, 2525 ff.; ders., JuS 2005, 1 ff.; Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre (1982), S. 169–171; Kudlich/Christensen, JA 2004, 74, 82 f.; Rückert/Seinecke, in: dies. (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts² (2012), S. 23, 30. Siehe auch Morlok, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion (2012), S. 179, 203: „Der Kern des Problems einer Auslegung nach dem Zweck der Norm liegt darin,

legung entfallen, bleibt in vielen Fällen die definitive Entscheidung der Auslegungsfrage offen. In allen diesen Konstellationen besteht deshalb eine grundsätzliche Entscheidungsalternative, die zulässigerweise durch Anwendung der teleologischen Auslegung entschieden werden darf. Bezogen auf die erweiterte teleologische Auslegung im Rahmen der regulatorischen Rechtsanwendung bedeutet dies, dass in diesen Fällen ein Folgenvergleich möglich ist, um zu ergründen, welche Rechtsfolge die regulatorische *ratio legis* am besten verwirklicht.

Aber auch in solchen Konstellationen, in denen die anderen Auslegungskriterien ein eindeutiges Ergebnis generieren, ist es rechtsdogmatisch stets möglich, eine alternative Entscheidung in Betracht zu ziehen. Die teleologische Auslegung generiert ein (mindestens) gleichberechtigtes Kriterium zur Lösung der Auslegungsfrage. Aber auch in Fällen, in denen die *ratio legis* ein Ergebnis fordert, welches die Grenzen des zulässigen Wortgebrauchs überschreitet, ist es niemals von vornherein ausgeschlossen, die Möglichkeiten der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung zur Anwendung zu bringen, also etwa die nach dem Wortlaut eindeutige Norm mit Blick auf die *ratio legis* teleologisch zu reduzieren oder eine entgegenstehende Norm im Wege der Analogie auf den vorliegenden Fall auszuweiten.⁷⁵ Auch wenn im Ergebnis gute Gründe gegen eine solche Rechtsfortbildung sprechen mögen, ist eine solche doch stets theoretisch denkbar, denn man kann nie a Priori ausschließen, dass der Wortlaut einer Regelung – gemessen an der *ratio legis* – mit Bezug auf eine bestimmte „typische Situation“ zu eng oder zu weit geraten ist. Damit eröffnet sich selbst in solchen Fällen, in denen die Auslegung nach Wortlaut, Systematik und Begriffsverständnis des historischen Gesetzgebers scheinbar ein eindeutiges Ergebnis generiert, notwendigerweise eine Entscheidungsalternative, die Grundlage für einen Folgenvergleich sein kann. Erst dieser ergibt sodann die definitive Antwort auf die Frage, ob die Rechtsfortbildung tatsächlich zu verwerfen ist oder ob im Gegenteil die regulatorische *ratio legis* eine solche erfordert.

Damit wird das Ergebnis der regulatorischen Rechtsanwendung keineswegs in das freie Belieben des Richters gestellt. Der Umstand, dass es logisch unmöglich ist, die Lösung von Einzelfällen ohne jede Eigenwertung aus dem Gesetz zu deduzieren, entlastet den Rechtsanwender nicht in die Verantwortungslosigkeit oder rechtliche Ungebundenheit eines willkürlichen *contra-legem*-Judizierens. Allerdings wird teilweise unter einer „Folgenberücksichtigung“ bei der Rechtsanwendung die Forderung verstanden, „der Jurist solle die sozialen Auswirkungen seiner Entscheidungen bedenken und berücksichtigen“ und dagegen eingewendet, allein aus den Folgen ließe „sich aber in keinem Falle ohne *weitere* Prämissen darauf schließen, wie entschieden werden *soll!*“⁷⁶ Diese Ansicht, die

daß *Zwecke* nicht objektiv gegeben, sondern subjektive Setzungen sind!“ (Hervorhebung im Original).

⁷⁵ Siehe dazu nur *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 191–223.

⁷⁶ *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 227 (Hervorhebung im Original).

letztlich Folgenberücksichtigung mit freier Rechtsfindung gleichsetzt, geht aber an der vorliegend entwickelten regulatorischen Rechtsanwendungsmethodik vorbei. Denn Bezugspunkt der Folgenbewertung – und damit der Grund für die Offenhaltung des Auslegungsergebnisses für die Folgenberücksichtigung – ist allein ein vom *Gesetzgeber* explizit verfolgtes oder doch jedenfalls vorgezeichnetes Regulierungsziel.⁷⁷ Außerdem begrenzt die Gesamtheit der Auslegungsmethoden den Inhalt der konkreten Auslegungsalternativen. Die Möglichkeit einer Entscheidungsalternative bedeutet lediglich, dass mindestens zwei Rechtsfolgen – vor Durchführung des Folgenvergleichs – denkbar sind, nicht aber, dass der Richter diese frei wählen dürfte. Das gesetzlich vorgegebene Allgemeinwohlziel und der Wortlaut der Norm sind der Maßstab, an dem sich die Rechtsanwendung orientieren muss und vermitteln damit zugleich die für jede regulatorische Steuerung unabdingbare Rechtssicherheit im Sinne von Vorhersehbarkeit. Trotz der irreduziblen Offenheit der Rechtsanwendung stellt deshalb die regulatorische Rechtsanwendung klare Anwendungsregeln auf, so dass die theoretische Entscheidungsalternative in den meisten Fällen leicht und eindeutig aufzulösen ist.

Die Erweiterung gegenüber der herkömmlichen Methodik besteht also nicht darin, dass die regulatorische Rechtsdogmatik dem Rechtsanwender die freie Rechtsfindung gestatten würde, sondern dass die Entscheidungsalternative nicht anhand *theoretischer* Erwägungen zu den Gesetzeszwecken, sondern danach aufgelöst wird, welche der voraussichtlichen *tatsächlichen* Auswirkungen der methodisch begründbaren unterschiedlichen Rechtsfolgen das vom Gesetzgeber verfolgte Allgemeinwohlziel am besten verwirklicht.

c. Bestimmung der Rechtsfolge anhand des Regulierungsziels

Das Ziel der regulatorischen Rechtsanwendung besteht darin, unter den möglichen Auslegungsalternativen diejenige zu identifizieren, deren richterlicher Ausspruch die Regulierungsadressaten voraussichtlich am ehesten dazu bringt, sich in der „typischen Situation“ gemäß dem Regulierungsziel, d. h. dem generellen Allgemeinwohlziel des Gesetzes, zu verhalten.

Eine derartige Erweiterung der teleologischen Auslegung hin zu einer „regulatorischen Rechtsanwendung“ kann auf eine Reihe methodischer Vorbilder verweisen, die ebenfalls Erweiterungen der teleologischen Auslegung darstellen. So besteht insbesondere eine enge Verwandtschaft der regulatorischen Rechtsanwendung zum völker- und europarechtlichen Grundsatz der Auslegung nach dem „*effet utile*“.⁷⁸ Sowohl im Völker- als auch im Europarecht geht es darum, das Regelungsanliegen des Normgebers ohne Rücksicht auf etwaige Besonder-

⁷⁷ Zur Ableitung des Regulierungsziels bei einer eigenständigen Regulierung durch die Zivilgerichte unten S. 701 ff.

⁷⁸ Zu den völkerrechtlichen Grundlagen des *effet utile*-Grundsatzes siehe nur K. Ipsen, *Völkerrecht*⁶ (2014), S. 412. Zur Rolle des *effet utile* im Unionsrecht siehe etwa Potacs, *EuR* 2009, 465 ff.

heiten der nationalen Rechtsmethoden *praktisch* zu verwirklichen.⁷⁹ Die Parallele zwischen *effet utile* und steuerungsorientierter Rechtsanwendung im nationalen Recht hat *Steindorff* bereits 1973 hervorgehoben.⁸⁰ Rechtsvergleichend bietet auch die im anglo-amerikanischen Rechtskreis bekannte „Mischief Rule“ Anschauungsmaterial für eine teleologische Gesetzesauslegung, die wesentlich auf das konkrete Regelungsziel des Gesetzgebers abstellt.⁸¹ Das Ziel der Rechtsanwendung besteht darin, einen durch den Gesetzgeber ausgemachten „Mischief“ möglichst effektiv zu beseitigen.⁸²

Eine Rechtsanwendung, die darauf ausgerichtet ist, ein gesetzliches Regulierungsziel in tatsächliche Regulierungswirkung umzusetzen, muss in drei Schritten vorgehen. Zunächst muss der Richter das Regulierungsziel möglichst eindeutig bestimmen und für die „typische Situation“ konkretisieren. Im zweiten Schritt muss prognostiziert werden, welche tatsächlichen Anreizwirkungen von den alternativ möglichen Rechtsfolgen ausgehen, ehe abschließend die so ermittelten Anreizwirkungen unter das konkretisierte Regulierungsziel subsumiert werden können, um zu klären, welche diese am besten verwirklicht.

⁷⁹ So spricht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon, Ziel sei es, die „praktische Wirksamkeit“ bzw. die „volle Wirksamkeit“ der Norm zu sichern; siehe z. B. EuGH, Urt. v. 08.04.1976, Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, 517 (Rn. 69/73) – Royer; Urt. v. 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, 644 (Rn. 19/20) – Simmenthal.

⁸⁰ *Steindorff*, in: FS Larenz (1973), S. 217, 225: „Ist die Politik eines Gesetzes zu verwirklichen, dann muß die Auslegung sich an dem aus dem Bereich internationalen Rechts bekannten Prinzip des ‚effet utile‘ orientieren können, wonach die Auslegung zu erstreben ist, die der Politik zur Durchsetzung verhilft.“ (Fußnote weggelassen).

⁸¹ Die Mischief Rule ist bereits verschiedentlich im deutschen Schrifttum rezipiert worden. So sieht *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II (1975), S. 122 darin die „tragende[] anglo-amerikanische[] Auslegungstheorie [...], nämlich [...] eine[] subjektiv-historisch-teleologische[] Auslegungslehre, die nach dem historischen Willen des Gesetzgebers fragt in Hinsicht auf den oder die Zwecke, die der Gesetzgeber verfolgte.“ (Hervorhebung hinzugefügt). Demgegenüber versucht *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent (2001), S. 680 f. zu zeigen, dass es sich um eine Regel handelt, um zu bestimmen, „was der Gesetzgeber vernünftigerweise gewollt haben mußte“, so dass sie dazu diene, zu ergründen, „was heute in Deutschland als ‚objektiver Wille‘ des Gesetzgebers bezeichnet wird.“

⁸² Die „Mischief Rule“ betrifft das Verhältnis von Common Law und Gesetzesrecht. In den Worten von *Blackstone* hat sie folgenden Inhalt: „There are three points to be considered in the construction of all remedial statutes; the old law, the mischief, and the remedy: that is, how the common law stood at the making of the act; what the mischief was, for which the common law did not provide; and what remedy the parliament hath provided to cure this mischief. And it is the business of the judges so to construe the act, as to suppress the mischief and advance the remedy.“; *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Bd. I¹ (1765), S. 87. Als Grundlage der mischief rule gilt *Heydon's Case* (1584) 3 Co. Rep. 7a, 76 ER 637. Zum Verhältnis von Common Law und Gesetzesrecht aus heutiger Sicht siehe z. B. *Burrows*, L.Q.R. 128 (2012), 232 ff.; *Finn*, in: Corcoran/Bottomley (Hrsg.), Interpreting Statutes (2005), S. 52 ff.

aa. Konkretisierung des Regulierungsziels

Das konkrete Regulierungsziel für die zur Entscheidung stehende „typische Situation“ ist durch Auslegung zu ermitteln. Während bei der Vorprüfung, ob es sich um ein regulatorisches Privatrechtsgesetz handelt, lediglich geklärt werden musste, *ob* das Gesetz eine Regulierungsfunktion verfolgt,⁸³ geht es nun darum, das Regulierungsziel inhaltlich zu erfassen und für die „typische Situation“ zu konkretisieren. Das Auslegungsziel ist daher erneut ein anderes als bei der zuvor behandelten Ermittlung der Entscheidungsalternative.⁸⁴ Während es dort um die möglichen Rechtsfolgen der konkretisierten Verhaltensnorm ging, betrifft das konkrete Regulierungsziel nicht die Rechtsfolge als solche, sondern die im öffentlichen Interesse bezweckten tatsächlichen Verhaltenseffekte, in der rechtssoziologischen Terminologie also den Maßstab zur Ermittlung der „Wirksamkeit im weiteren Sinne“.⁸⁵ Die Konkretisierung des Regulierungsziels bedeutet, dass festgestellt wird, welcher tatsächliche Zustand⁸⁶ *für den betreffenden Lebensbereich* (d.h. die „typische Situation“) bestehen muss, damit das Gemeinwohlziel (insoweit) als verwirklicht angesehen werden kann.

Die Bestimmung des angestrebten tatsächlichen Zustands muss daher vor dem Hintergrund der Analyse der „typischen Situation“⁸⁷ erfolgen. Angenommen, die Auslegung ergibt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers das Ziel der Schadensersatzhaftung im Straßenverkehr darin bestehen soll, die Zahl schwerer Verletzungen und Todesfälle soweit wie möglich zu minimieren (anstatt sie z.B. auf ein bestimmtes „Optimum“ zu reduzieren⁸⁸), muss dieses generelle Ziel auf die tatsächlichen Grundlagen der „typischen Situation“ bezogen werden. Geht es um die Verletzung von Fahrradfahrern, die ohne Helm fahren, und hat die Analyse dieser „typischen Situation“ z.B. ergeben, dass Fahrradhelme die Zahl der Todesfälle nur minimal reduzieren,⁸⁹ kann das Tragen von Fahrradhelmen als konkretes Regulierungsziel nur dann angenommen werden, wenn der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die Zahl der Todesfälle unter allen Umständen zu verringern. Ergibt die Analyse der „typischen Situation“ dagegen, dass das gesetzgeberische Regulierungsziel (z.B. die Reduzierung der Zahl der Unfälle auf ein *Optimum* weniger Unfälle, die als solche nur mit übermäßigem Aufwand zu verhindern

⁸³ Dazu oben S. 649 ff.

⁸⁴ Dazu oben S. 655 ff.

⁸⁵ Vgl. erneut *Zippelius*, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie³ (2012), S. 104.

⁸⁶ Zum Begriff des Regulierungsziels ausführlich oben S. 438 ff.

⁸⁷ Siehe oben S. 654 f.

⁸⁸ Dies ist der Ansatz der ökonomischen Analyse des Rechts; vgl. oben S. 469. An dieser Stelle geht es lediglich um ein Beispiel, so dass offen bleiben kann, welches Regulierungsziel der bzw. die historische(n) Gesetzgeber mit §§ 823 ff. BGB bzw. §§ 7 ff. StVG tatsächlich verfolgt haben.

⁸⁹ So das Ergebnis von *Morell*, JZ 2014, 1168, 1172: „Indem ein Radfahrer einen Helm trägt, senkt er nach einer Überschlagsrechnung das Risiko, in einem gegebenen Jahr auf dem Rad zu sterben, von 0,0094 Promille auf 0,0035 Promille.“ Ausführlicher *ders.*, AcP 214 (2014), 387, 411–421.

wären) in diesem Bereich keine Verhaltensänderung erfordert (z. B. weil das Tragen von Fahrradhelmen gemessen an dem damit verbundenen Aufwand nur eine minimale Reduktion tödlicher Unfälle bewirkt), hat dies zur Folge, dass – unabhängig davon, welche Rechtsfolge das Gericht ausspricht – die Rechtsanwendung für das vom Gesetzgeber verfolgte Gemeinwohlziel irrelevant ist. Dies bedeutet, dass sich für die entsprechende „typische Situation“ ein konkretes Regulierungsziel nicht ermitteln lässt und das Gesetz in diesem Bereich also ohne Rücksicht auf seine Regulierungsfunktion, d. h. so angewendet werden muss, dass dadurch keine Grundrechtseingriffe bewirkt werden, die nur durch ein Regulierungsziel gerechtfertigt werden könnten.⁹⁰ In den meisten Fällen, in denen die „typische Situation“ in den vorhersehbaren Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, wird sich aber aus dem generellen Regulierungsziel ein konkretes Unterziel für diese „typische Situation“ ableiten lassen.

Die Konkretisierung des Regulierungsziels besteht also aus einem Wechselspiel zwischen Auslegung und Analyse der „typischen Situation“. Normative Grundlage der Auslegung ist primär das Gesetz. Dies gilt insbesondere in solchen Fällen, in denen das Gericht das Regulierungsziel als solches erst im Wege der teleologischen Auslegung aus einem größeren Zusammenhang ableitet (eigenständige Regulierung).⁹¹ Demgegenüber kommt bei solchen Gesetzen, mit denen der Gesetzgeber ein konkretes Regulierungsziel verfolgt, den Gesetzesmaterialien als Quellen zur Ermittlung gesetzgeberischer Zielvorstellungen eine besondere Bedeutung zu. Das BVerfG vertritt allerdings die Auffassung, dass eine Gesetzesauslegung anhand des Willens des Gesetzgebers dann ausscheide, wenn dieser Wille „im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gekommen“ ist.⁹² Daraus ergibt sich, dass die gesetzgeberischen Äußerungen daraufhin überprüft werden müssen, ob sie in die endgültige Gesetzesfassung Eingang gefunden haben. Enthält etwa die Begründung des Regierungsentwurfs Ausführungen zu den Gemeinwohlzielen, die die Norm nach Ansicht des Entwurfsverfassers verfolgen soll, dürfen diese nicht für die Auslegung zugrunde gelegt werden, wenn im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens die entsprechende Norm gegenüber der ursprünglichen Entwurfsfassung erheblich verändert wurde, so dass sich diese Intentionen nicht mehr in der endgültigen Vorschrift widerspiegeln.⁹³

⁹⁰ Im Privatrecht stellt sich das Problem, dass der Verzicht auf eine die eine Partei einschränkende Rechtsanwendung häufig zu einer Verkürzung der Rechtspositionen der anderen Partei führt. Erfolgt die ursprüngliche Einschränkung mit regulatorischer Intention, handelt es sich allerdings um einen Grundrechtseingriff, der entsprechend rechtfertigungsbedürftig ist, wohingegen die Beschränkung der Rechte des Einen im Rahmen eines Interessenausgleichs mit den Rechten eines Anderen den Anforderungen an eine interessenausgleichende Grundrechtsausgestaltung gerecht werden muss; vgl. dazu ausführlich oben S. 282 ff. und S. 286 ff.

⁹¹ Dazu ausführlich unten S. 696 ff.

⁹² BVerfGE 11, 126, 129; 13, 261, 268. Siehe dazu auch bereits oben S. 399.

⁹³ Ein Beispiel bietet der Minderungsausschluss in § 536 Abs. 1a BGB: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (§ 555b Nr. 1 RegE) verstand unter einer „energetischen Modernisierung“ auch noch solche Maßnahmen, durch die „nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig ein-

Besondere Probleme ergeben sich, wenn zwar das ursprüngliche Regulierungsziel des Gesetzgebers eindeutig ermittelt werden kann, dieses aber inzwischen – insbesondere aufgrund veränderter rechtlicher Umstände – überholt ist. Regulierungsziele dürfen nie unesehen der Rechtsanwendung zugrunde gelegt werden. Vielmehr muss sich der Rechtsanwender, gerade bei älteren Gesetzen, vergewissern, dass gegen das ermittelte Gemeinwohlziel keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen und dass auch nicht davon auszugehen ist, dass der (heutige) Gesetzgeber dieses Ziel endgültig aufgeben wollte, etwa indem er anderweitige Regelungen erlassen hat, die einen solchen Schluss zwingend nahelegen. Ein hypothetisches Beispiel kann dies verdeutlichen: Würde der Gesetzgeber das energiepolitische Gesamtprojekt der „Energiewende“ als solches und insbesondere auch das generelle Ziel der Energieeinsparung aufgeben und dementsprechend etwa sämtliche Förderlinien für energieeffizientes Bauen und Sanieren beenden, würde aber den Minderungsausschluss gemäß § 536 Abs. 1a BGB ohne besondere Begründung nicht gleichzeitig aufheben, könnte diese Regelung nicht einfach unverändert mit Blick auf das nicht mehr existente Regulierungsziel „Förderung der Energiewende“ angewendet werden. Vielmehr wäre es in einem solchen Fall geboten, die nun wirklich „systemfremde“ Norm mit Blick auf den mietrechtlichen Gesamtzusammenhang, etwa das Äquivalenzprinzip,⁹⁴ einschränkend auszulegen oder teleologisch zu reduzieren.

Der Nichtvollzug eines konkreten gesetzgeberischen Regulierungsziels, weil dieses für obsolet oder sogar verfassungswidrig erachtet wird, stellt letztlich die Kehrseite einer „eigenständigen“ Regulierung durch die Zivilgerichte dar. Dort werden die explizit vom Gesetzgeber verfolgten Regulierungsziele um weitere Allgemeinwohlbelange ergänzt, hier wird ein konkretes gesetzgeberisches Gemeinwohlziel derogiert, ohne dass dies jeweils auf einer formellen Gesetzesänderung beruhte. Die Zulässigkeit und Grenzen einer Missachtung expliziter gesetzgeberischer Regulierungsziele folgt daher den gleichen Grundsätzen, die weiter unten unter II. für die eigenständige Regulierungstätigkeit der Gerichte entwickelt werden.

gespart wird“, ohne dass ein Bezug zur Mietsache vorliegen müssen sollte. Die Begründung (BT-Drucks. 17/10485, S. 13) führte dementsprechend aus, „dass Energieeinsparmaßnahmen *in der Regel* mit Einspareffekten für den Mieter einhergehen, der dann von niedrigeren Betriebskosten profitiert“ (Hervorhebung hinzugefügt). Dies hätte also auch solche Sanierungen von der Minderung ausgeschlossen, von denen der Mieter im Einzelfall *gar nicht* profitiert, wenn sie nur zur Einsparung von Primärenergie führen. Der Rechtsausschuss des Bundestags veränderte § 555b Nr. 1 dergestalt, dass ein Zusammenhang mit einer Energieeinsparung bezüglich der konkreten Mietsache bestehen muss (vgl. BT-Drucks. 17/11894, S. 23) und diese Fassung ist auch Gesetz geworden. Vor diesem Hintergrund kann die oben zitierte Passage aus der Begründung des Regierungsentwurfs nicht mehr zur Ermittlung des Regulierungsziels herangezogen werden, weil sie „im Gesetz selbst nicht zum Ausdruck gekommen ist“.

⁹⁴ Dazu oben S. 660.

bb. Prognose der Anreizwirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen

Das Kernstück der regulatorischen Rechtsanwendung und den wesentlichen Unterschied zur herkömmlichen teleologischen Auslegung bildet die Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen auf das Verhalten der Regulierungsadressaten (die nicht mit den Parteien des Rechtsstreits identisch sind).⁹⁵ Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um eine sozialwissenschaftliche Aufgabe, so dass der Richter regelmäßig auf Erkenntnisse der praktischen Sozialwissenschaften, etwa der Ökonomik, der Soziologie oder der Sozialpsychologie, zurückgreifen müssen wird.⁹⁶

Anknüpfungspunkt für die Prognose der Anreizwirkungen sind erneut die im Rahmen der Konstruktion der „typischen Situation“ ermittelten sozialen oder sachlichen Gesetzmäßigkeiten des betreffenden Lebensbereichs.⁹⁷ Erst wenn sich der Richter vergewissert hat, wie ein bestimmter Lebensbereich (z. B. der Kapitalmarkt; die Forschung an chemischen Kampfstoffen; das Sozialverhalten von Kindern, die nur bei einem Elternteil aufwachsen) im Grundsatz funktioniert, kann er ermitteln, welche Handlungsziele der (potentielle) typische Regulierungsadressat (und ggf. weitere Beteiligte) verfolgen. Um prognostizieren zu können, welche Verhaltensänderung eine mögliche Rechtspflicht bewirken wird, muss zuerst untersucht werden, wie sich ein typischer Regulierungsadressat und ggf. weitere relevante Beteiligte *ohne* eine solche Rechtspflicht verhalten. Sofern vorhanden, bietet sich dazu die Heranziehung empirischer Studien an. Bestand allerdings bereits in der Vergangenheit eine entsprechende Rechtspflicht (und geht es in der Entscheidung etwa darum, ob diese Rechtspflicht fortbestehen oder aufgegeben werden soll), darf selbstverständlich nicht das tatsächliche Verhalten in der Vergangenheit zugrunde gelegt werden, denn dieses erfolgte gerade vor dem Hintergrund der bestehenden Rechtspflicht.⁹⁸ Stattdessen muss genau umgekehrt das Verhalten beim Wegfall der Rechtspflicht simuliert werden.

In dem Beispielsfall des Tragens von Fahrradhelmen erschöpft sich die Untersuchung des tatsächlichen Verhaltens ohne Rechtspflicht in der Feststellung,

⁹⁵ Die Notwendigkeit solcher „Realanalysen“ betonen bereits *Koch / Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 219–221.

⁹⁶ Zur Zulässigkeit und zum rechtlichen Rahmen einer solchen praktischen Interdisziplinarität siehe oben S. 413 ff.

⁹⁷ Siehe oben S. 654 f.

⁹⁸ Dieser logische Fehler liegt dem Delisting-Urteil des BGH zugrunde, wenn BGH NJW 2014, 146, 149 zur Entkräftung des Arguments, ein Börsenrückzug ohne Pflicht zur Abfindung der Aktionäre schädige deren Vermögensinteressen, ausführt, „[d]ass schon die Ankündigung des Börsenrückzugs regelmäßig zu einem Kursverlust führt, lässt sich nicht feststellen“ und sich dazu auf eine empirische Untersuchung (*Heldt / Royé*, AG 2012, 660, 667 f. mit Tab. 1) beruft, die ausschließlich Delistings im Zeitraum 2004–2009 untersucht, in dem aufgrund des Macroton-Urteils des BGH (BGHZ 153, 47) eine rechtsfortbildend begründete Abfindungspflicht bestand. Der Umstand, dass es in dieser Zeit unter Geltung der Abfindungspflicht nicht zu Kursverlusten gekommen ist, kann als Beleg für die Wirksamkeit der Abfindungspflicht gelesen werden; er besagt jedenfalls nichts darüber, ob Kursverluste beim Wegfall der bisher existierenden Abfindungspflicht zu erwarten sind.

dass – korrespondierend zu dem geringen zusätzlichen Schutzeffekt von Fahrradhelmen⁹⁹ – nur eine geringe Anzahl an Fahrradfahrern freiwillig einen Helm trägt.¹⁰⁰ Dagegen können sich an dieser Stelle in anderen Konstellationen, insbesondere im Wirtschaftsrecht, schwierigere Fragen stellen. Geht es z. B. darum, ob die Vorstände einer Aktiengesellschaft eine persönliche Haftung für die Veröffentlichung fehlerhafter Wertpapierprospekte treffen sollte, müssen zur Klärung der Anreize zunächst die Gründe für eine Kapitalaufnahme über die Börse im Allgemeinen und ihr Zusammenhang zu möglichen Motiven der Vorstände, falsche Informationen zu veröffentlichen, im Besonderen untersucht werden. Dabei kann sich etwa ergeben, dass grundsätzlich eine reine Unternehmenshaftung eine erhebliche Abschreckungswirkung entfaltet, aber in solchen Fällen, in denen der betreffende Organwahrer gravierende Leitungsfehler im Bereich der Finanzierung/Investitionsplanung begangen hat oder in denen er selbst als Aktionär/Aktioptionsinhaber maßgeblich an der Gesellschaft beteiligt ist, trotzdem noch beträchtliche Anreize zur Fehlinformation verbleiben.¹⁰¹

Vor der Folie der so ermittelten Handlungsmotive vor Bestehen einer Rechtspflicht können sodann die Auswirkungen der unterschiedlichen möglichen Rechtsfolgen auf die Anreize der Regulierungsadressaten und ggf. weiterer Dritter simuliert werden. Im einfachsten Fall, in dem eine mögliche Auslegung lautet, dass keine Rechtspflicht besteht, ist lediglich der Zustand mit und ohne Rechtspflicht zu vergleichen. Geht es dagegen darum, welche von zwei möglichen Rechtspflichten statuiert werden soll, müssen die Auswirkungen beider potentieller Pflichten getrennt prognostiziert werden.

Für die Prognose der Anreizwirkungen bestimmter Rechtspflichten müssen erneut Erkenntnisse anderer Wissenschaften, insbesondere der Ökonomik und der Sozialpsychologie, herangezogen werden. Geht es z. B. darum, ob bei einer Haftung für Marktmanipulation durch Veröffentlichung fehlerhafter Informationen bereits bei einfacher oder erst ab grober Fahrlässigkeit gehaftet werden soll, muss ermittelt werden, welche Verhaltensanreize von den jeweiligen Standards ausgehen. Zeigt sich, dass bei einer Verantwortlichkeit für einfache Fahrlässigkeit bei nahezu allen objektiven Rechtsverstößen mit einer Haftung zu rechnen ist, weil der Rechtsverstoß das Verschulden indiziert,¹⁰² bestehen für den Regulierungsadressaten Anreize, selbst die zu erwartenden Schäden und ihre Wahrscheinlichkeit zu schätzen und so viel zusätzlichen Aufwand zur Vermeidung einer Haftung zu betreiben, wie damit eine voraussichtliche Reduzierung der zu erwartenden Haftung einhergeht. Welche konkreten Maßnahmen zu er-

⁹⁹ Siehe oben S. 666, Fn. 89.

¹⁰⁰ Der BGH (NJW 2014, 2493, 2494 f.) führt unter Verweis auf Zahlen der Bundesanstalt für Straßenwesen aus, im Jahr 2011 hätten nur elf Prozent der Fahrradfahrer einen Schutzhelm getragen.

¹⁰¹ Siehe dazu *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 371–378.

¹⁰² Vgl. *Wagner*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 823 Rn. 439 m. w. N. (zu § 823 Abs. 2 BGB).

warten sind, hängt stark vom jeweiligen Unternehmen und auch den Prognosefähigkeiten der verantwortlichen Vorstände ab. Demgegenüber besteht bei einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit der Anreiz, grundlegende Vorkehrungen zu treffen. Hier ist etwa zu erwarten, dass ein Vier-Augen-Prinzip etabliert wird, die Mitarbeiter geschult und unternehmensinterne Kommunikationswege eingeführt werden, die erreichen sollen, dass den für Kapitalmarktinformationen Zuständigen wichtige Informationen auch tatsächlich zur Verfügung stehen.¹⁰³

cc. Vergleichende Subsumtion der prognostizierten Anreizwirkungen unter das Regulierungsziel

In einem abschließenden letzten Schritt ist zu untersuchen, welche der prognostizierten tatsächlichen Auswirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen dem konkretisierten Regulierungsziel, also dem für die zu beurteilende „typische Situation“ konkretisierten Gemeinwohlziel, am besten gerecht wird. Ist zu erwarten, dass die Bejahung eines Mitverschuldens an einem Verkehrsunfall für Fahrradfahrer, die keinen Helm tragen, zu einer Erhöhung der Helmtragequote führen wird, und besteht das vom Gesetzgeber nach dem Ergebnis der Auslegung verfolgte Allgemeinwohlziel darin, die Zahl gefährlicher Unfälle soweit wie möglich zu minimieren, verwirklicht diese Rechtsfolge das Regulierungsziel besser als der Verzicht auf eine rechtliche Pflicht, bei dem zu erwarten ist, dass weiterhin weit weniger als ein Fünftel der Radfahrer einen Helm tragen werden.

Sind mehrere alternativ mögliche Rechtsfolgen grundsätzlich geeignet, das für die typische Situation konkretisierte Regulierungsziel zu verwirklichen, muss zwischen ihnen ein Wirksamkeitsvergleich vorgenommen werden. Dieser kann sich grundsätzlich an den Kriterien orientieren, die oben für den gesetzgeberischen Vergleich von Regulierungsinstrumenten herausgearbeitet wurden.¹⁰⁴ Dazu sind unter Umständen weitere tatsächliche Untersuchungen erforderlich, etwa bezüglich möglicher unerwünschter Nebenwirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen. Zumeist wird die Subsumtion aber ein eindeutiges Ergebnis ergeben, welche Rechtsfolge am besten geeignet ist, das Regulierungsziel für die betrachtete „typische Situation“ zu verwirklichen. Der Ausspruch dieser Rechtsfolge stellt grundsätzlich die kunstgerechte Anwendung des regulatorischen Privatrechtsgesetzes dar.

d. Auseinanderfallen der Falllösung und der regulatorischen Rechtsfolge?

In manchen Fällen kann sich an dieser Stelle allerdings ein Konflikt zwischen der Verwirklichung des auf das Gemeinwohl gerichteten Regulierungsziels und der gerechten Entscheidung des Einzelfalls, der Gegenstand des regulatorischen Ur-

¹⁰³ Das Beispiel ist angelehnt an *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 462–464, 480 f.

¹⁰⁴ Siehe oben S. 565 ff.

teils ist, ergeben.¹⁰⁵ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das konkretisierte Regulierungsziel im Interesse des Allgemeinwohls den Ausspruch einer Rechtsfolge verlangt, die für den konkret Betroffenen ex ante keinesfalls vorhersehbar war. So lässt sich etwa bei neuen Haftungstatbeständen für die Regulierungsadressaten häufig schwer abschätzen, welche konkreten Sorgfaltsanstrengungen die Gerichte später für erforderlich halten werden. Allerdings ist es auch gerade die Aufgabe der regulatorischen Privatrechtsanwendung, bereits das erstmalige Auftreten etwa eines betrügerischen oder missbräuchlichen Verhaltens zu sanktionieren und z. B. regulatorische Generalklauseln wie § 3 UWG auf neue Spielarten unlauteren Verhaltens im Wettbewerb anzuwenden. Problematisch sind deshalb nur solche regulatorischen Urteile, die nicht nur in den Einzelheiten, sondern nach dem gesamten Ausmaß und hinsichtlich ihrer Zielrichtung (z. B. erstmaliger Schutz eines bestimmten öffentlichen Interesses) bei einer unbefangenen Gesetzeslektüre nicht vorhersehbar waren. Lösten die Gerichte diesen Konflikt allein zugunsten des konkret Betroffenen auf, würde dies die Regulierungsfunktion des Privatrechts grundsätzlich infrage stellen. Auf der anderen Seite würden die Grundrechte der Betroffenen unverhältnismäßig verkürzt, wenn diese nachträglich mit rechtlichen Anforderungen konfrontiert würden, die sie keinesfalls ex ante absehen konnten. Es ist daher erforderlich, berechtigtes Vertrauen zu schützen und gleichzeitig die regulatorische Rechtsfolge für zukünftige Fälle so klar anzudeuten, dass davon eine regulatorische Verhaltenssteuerung im Interesse des gesetzgeberischen Allgemeinwohlziels ausgeht.

In der Praxis hat die Rechtsprechung mannigfache Wege gefunden, um einerseits generelle Verhaltensstandards promulgieren zu können, ohne andererseits der konkreten Partei (zumeist dem Beklagten) eine unvorhersehbare Rechtsfolge zuzumuten.¹⁰⁶ So kann etwa die Rechtswidrigkeit einer bestimmten Praxis ausgesprochen und zugleich festgestellt werden, dass der konkret rechtswidrig Handelnde dies aber nicht wissen konnte und deshalb nicht schuldhaft gehandelt hat.¹⁰⁷ Oder es werden „aus Gründen des Vertrauensschutzes“ explizite Sonderregeln geschaffen, die ein regelrechtes Übergangsrecht für Altfälle schaffen und

¹⁰⁵ Allgemein zum Konflikt zwischen Einzelfallgerechtigkeit und weiterreichenden Zwecken der Rechtsprechung *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010).

¹⁰⁶ So genanntes „prospective overruling“. Dazu z. B. *Herdegen*, WM 2009, 2202 ff.; *Klappstein*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft (2009), S. 470–473; *Langenbacher*, JZ 2003, 1132, 1135–1137; angedeutet auch in BGHZ 132, 6, 11: „Auf einen solchen Vertrauenstatbestand, der die mit einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung verbundenen Folgen ausnahmsweise auf eine Wirkung für die Zukunft begrenzt, kann sich die Klägerin nicht berufen.“ *Bittner*, JZ 2013, 645 ff. unterscheidet zwischen „starker“ Anknüpfungsrechtsprechung (Rechtsprechungsänderungen mit Wirkung für die Zukunft) und „schwacher“ Anknüpfungsrechtsprechung, die lediglich Vertrauenstatbestände zerstören soll, ohne die zukünftig relevanten Erwägungen offenzulegen. Krit. zum „prospective overruling“ *Balthasar*, in: JbJgZivRWiss 2010 (2011), S. 39, 61–65.

¹⁰⁷ So etwa BGHZ 145, 265 im Zusammenhang mit umfassenden Treuhandverträgen bei Bauherren- und Erwerbermodellen. Diese stellten nach Auffassung des BGH zwar einen Ver-

die bisherige Rechtslage teilweise perpetuieren.¹⁰⁸ Solche Übergangsregeln wirken aber nicht nur zugunsten des Regulierungsadressaten, sondern werden etwa auch eingesetzt, um den Berechtigten die Früchte einer neuen Rechtsprechung zu sichern und deren Anwendung nicht an der Verjährung scheitern zu lassen.¹⁰⁹

Auch wenn die Regulierungsfunktion des Privatrechts wesentlich auf die Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse abzielt, so darf doch die zentrale Aufgabe der Zivilgerichtsbarkeit, im Einzelfall eine Entscheidung nach Gesetz und Recht zu treffen, nicht darunter leiden. Durch die geschilderten Vorgehensweisen ist es möglich, beiden Funktionen der Rechtsprechung gerecht zu werden.

II. Eigenständige Regulierung durch Zivilgerichte

Während es bislang um die gerichtliche Anwendung von Gesetzen ging, deren (generelles) Regulierungsziel bereits ermittelt ist, soll im Folgenden untersucht werden, in welchem Umfang und nach welchen Grundsätzen die Zivilgerichte befugt sind, „eigenständig“ regulierend tätig zu werden. Unter einer „eigenständigen“ Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte soll dabei Rechtsprechung verstanden werden, die darauf angelegt ist, Allgemeinwohlziele durch Urteile entsprechend der zuvor entwickelten Methodik in praktische Regulierungswirkung umzusetzen, ohne dass diese Regulierungsziele oder der konkrete Weg ihrer Durchsetzung aber vollständig dem Gesetzgeber zugeschrieben werden könnten, d. h. durch Auslegung eindeutig zu ermitteln wären. Der wesentliche Unterschied zur regulatorischen Rechtsanwendung besteht also darin, dass die Gerichte auch das angestrebte Gemeinwohlziel in einer Weise definieren, die nicht mehr als reiner Nachvollzug eines gesetzgeberischen Willens gerechtfertigt werden kann, und zur Verfolgung solcher Ziele ggf. die bestehenden Normen durch Auslegung oder Rechtsfortbildung anpassen bzw. erweitern. Daneben geht es auch um solche Konstellationen, in denen die Gerichte zur Durchsetzung regulatorischer Ziele (seien es gesetzgeberische oder durch die Gerichte gesetzte Allgemeinwohlziele) durch Auslegung oder Rechtsfortbildung Rechtsfolgen gewinnen, die im Wortlaut der Norm nicht angelegt sind.¹¹⁰

stoß gegen das damalige RBERG dar; ein Notar, der einen solchen Vertrag beurkundet hatte, sollte dafür aber nicht haften, da ihn insoweit kein Verschulden treffe.

¹⁰⁸ So etwa BGHZ 150, 1 im Zusammenhang mit der persönlichen Haftung der Gesellschafter eines Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR nach der Rechtsprechungsänderung, mit der eine grundsätzliche persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter analog § 128 HGB anerkannt wurde.

¹⁰⁹ So etwa BGHZ 203, 115, 130 f. im Zusammenhang mit der Verjährung von Rückforderungsansprüchen für unzulässig erhobene Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherkreditverträgen. Hier sei eine Klageerhebung „erst nach Herausbildung einer gefestigten Auffassung der Oberlandesgerichte zur AGB-rechtlichen Unwirksamkeit solcher Klauseln im Jahre 2011 zumutbar“ geworden.

¹¹⁰ Siehe dazu insbesondere unten S. 705 ff.

Eine eigenständige Regulierung durch Zivilgerichte muss sich verfassungsrechtlich in den Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung bewegen, so dass diese zunächst für den vorliegenden Zusammenhang zu konkretisieren sind (dazu unter 1.). Die inhaltliche Legitimation einer solchen gerichtlichen Regulierungstätigkeit jenseits spezifisch gefasster gesetzgeberischer Regulierungsziele ergibt sich aber nicht nur aus der Befugnis zur Rechtsfortbildung, sondern vor allem aus dem Umstand, dass Zivilgerichte in bestimmten Situationen besser zur Steuerung geeignet sind als der Gesetzgeber. Hinzu kommt, dass insbesondere die Urteile der Obergerichte häufig eine faktische Steuerungswirkung entfalten, die öffentliche Interessen auch dann berührt, wenn die Gerichte dies gar nicht beabsichtigen (dazu unter 2.). Sind die Zivilgerichte somit verfassungsrechtlich und staatsrechtlich zur Regulierung legitimiert, folgt daraus jedoch keine Ermächtigung zur freien Rechtsfindung; vielmehr bestehen verfassungsrechtliche und methodische Leitlinien, welche die Regulierungstätigkeit der Gerichte anleiten (dazu unter 3.).

1. Verfassungsrechtliche Grenzen rechtsfortbildender Regulierung durch Zivilgerichte

Die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung¹¹¹ im Bereich des regulatorischen Privatrechts ergeben sich der Sache nach aus dem Rechtsstaatsprinzip (insbesondere aus der Bindung des Richters an Gesetz und Recht, Art. 20 Abs. 3 GG) und dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).¹¹² Die Grundrechte des durch eine rechtsfortbildende Regulierung Betroffenen bilden den formalen Anhaltspunkt, die Verfassungsmäßigkeit der grundrechtsbeschränkenden richterrechtlichen Norm im Wege einer Verfassungsbeschwerde überprüfen zu können, weil – wegen des Gesetzesvorbehalts¹¹³ – in Grundrechte nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage eingegriffen werden darf. Eine unzulässige regulatorische Rechtsfortbildung verletzt deshalb mindestens die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) des Regulierungs- oder Normadressaten.¹¹⁴

Das BVerfG hat in einer Vielzahl von Entscheidungen die Voraussetzungen zulässiger Rechtsfortbildung konkretisiert:¹¹⁵ In einem ersten Schritt ist die

¹¹¹ Im Folgenden werden die Ausdrücke „Rechtsfortbildung“ und „Richterrecht“ synonym verwendet. Für eine Unterscheidung plädiert dagegen *Jestaedt*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 49, 69.

¹¹² Sehr kritisch zur richterlichen Rechtsfortbildung *Rüthers*, JZ 2008, 446 ff.; *ders.*, NJW 2011, 1856 ff.

¹¹³ Dazu oben S. 300 f.

¹¹⁴ BVerfGE 128, 193, 206–209. Unzulässige Rechtsfortbildung verletzt aber nicht zwingend die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern jeweils den Schutzbereich desjenigen Grundrechts, welches durch die in Rechtsfortbildung gewonnene Regelung eingeschränkt wird; vgl. BVerfGE 69, 315, 369.

¹¹⁵ Für einen umfassenden Überblick siehe *Ulber*, EuGRZ 2012, 365 ff.

durch die Fachgerichte vorgenommene Auslegung und ggf. Analogiebildung verfassungsrechtlich lediglich auf ihre grundsätzliche Vertretbarkeit (ob das Gericht die anerkannten Methoden der Rechtsanwendung beachtet hat¹¹⁶) und darauf hin zu überprüfen, ob sie grundrechtlichen Wertungen widerspricht.¹¹⁷ Auch eine über die Analogiebildung hinausgehende, so genannte Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung kann verfassungsrechtlich zulässig sein.¹¹⁸ Maßgeblich ist insoweit, ob sich die durch die Zivilgerichte vorgenommene Rechtsfortbildung noch innerhalb der vom Gesetzgeber gewählten rechtspolitischen Konzeption bewegt.¹¹⁹ Unzulässig wird die Rechtsfortbildung, wenn das Gericht seine eigenen rechtspolitischen Erwägungen an die Stelle der gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung setzt.¹²⁰

Im Folgenden sind diese generellen Maßstäbe für das regulatorische Privatrecht zu konkretisieren. Dabei bietet es sich an, drei Konstellationen zu unterscheiden: Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit die Zivilgerichte Normen des regulatorischen Privatrechts, die an sich einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nicht standhalten, mittels Rechtsfortbildung verfassungskonform korrigieren dürfen (dazu unter a.). Als zweites sind die Grenzen zwischen einer konkretisierenden Auslegung von Normen des regulatorischen Privatrechts mittels Fallgruppenbildung etc. und einer unzulässigen Rechtsfortbildung auszuloten (dazu unter b.). Schließlich stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit die Gerichte befugt sind, selbst Regulierung zu betreiben, etwa aufgrund der privatrechtlichen Generalklauseln oder einer Untätigkeit des Gesetzgebers (dazu unter c.).

a. Keine Rechtsfortbildung zur Korrektur verfassungswidriger Gesetzesnormen des regulatorischen Privatrechts

Eine immanente Grenze der zivilgerichtlichen Rechtsfortbildungskompetenz ergibt sich aus dem Normverwerfungsmonopol des BVerfG gemäß Art. 100 Abs. 1 GG.¹²¹ Wenn der Gesetzgeber ein förmliches, nachkonstitutionelles Gesetz¹²²

¹¹⁶ BVerfGE 96, 375, 395. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die privatrechtliche Methodik siehe auch oben S. 397 f. und S. 398 ff.

¹¹⁷ BVerfGE 82, 6, 13.

¹¹⁸ Grundlegend BVerfGE 34, 269, 286–293.

¹¹⁹ BVerfGE 34, 269, 292: „Der Bundesgerichtshof und die ihm folgenden Gerichte haben damit nicht das System der Rechtsordnung verlassen und keinen eigenen rechtspolitischen Willen zur Geltung gebracht, sondern lediglich Grundgedanken der von der Verfassung geprägten Rechtsordnung mit systemimmanenten Mitteln weiterentwickelt“. Ständige Rspr., siehe z. B. BVerfGE 74, 129, 153.

¹²⁰ BVerfGE 49, 304, 322; 82, 6, 15; 128, 193, 211; 132, 99, 127.

¹²¹ Dazu jüngst BVerfGE 138, 64, 101. Sehr weitgehend Hillgruber, JZ 1996, 118, 119 f.; kritisch zur Leistungsfähigkeit von Art. 100 Abs. 1 GG zur Begrenzung von Rechtsfortbildung Classen, JZ 2003, 693, 697–699.

¹²² Zum Anwendungsbereich von Art. 100 Abs. 1 GG im Privatrecht siehe bereits oben S. 173, Fn. 3.

des regulatorischen Privatrechts erlassen hat, das möglicherweise den oben¹²³ herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht gerecht wird, darf das Zivilgericht die Norm nicht im Wege einer Rechtsfortbildung verfassungskonform korrigieren, sondern ist – sofern eine verfassungskonforme Auslegung ausscheidet – zur Vorlage an das BVerfG verpflichtet.¹²⁴ Es stellt sich daher die Frage, wie eine verfassungskonforme Auslegung von einer die Verfassungswidrigkeit korrigierenden Rechtsfortbildung abzugrenzen ist.¹²⁵

Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind die Zivilgerichte grundsätzlich zur verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts verpflichtet.¹²⁶ Dabei trifft sie die Pflicht, den Willen des Gesetzgebers so weit zur Geltung zu bringen wie dies im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen möglich ist.¹²⁷ Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbiete es aber, „im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn zu verleihen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen“¹²⁸ oder einen „klar und eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers“ zu ignorieren.¹²⁹ Auch das gesetzgeberische Ziel dürfe nicht „in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht werden“.¹³⁰

Ein Beispiel für Zivilrechtsprechung, die den Willen des Gesetzgebers ignoriert und das regulatorische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlt, ist die Rechtsprechung zu § 54 BGB. Nach dieser Vorschrift finden auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung, verbunden mit einer Handelndenhaftung. Zusätzlich waren nicht eingetragene Vereine nach dem Wortlaut von § 50 Abs. 2 ZPO a. F. bis zum Jahr 2009 lediglich passiv parteifähig. Diese Regelungen wurden vom historischen BGB-Gesetzgeber mit regulatorischer Absicht konzipiert. Ziel war es, insbesondere Gewerkschaften und politische Parteien indirekt zur Eintragung in das Vereinsregister zu zwingen.¹³¹ Unter der Geltung des Grundgesetzes korrigierte die Zivilrechtsprechung diese mit den Vorgaben von Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbarende Regulie-

¹²³ Siehe oben S. 288 ff.

¹²⁴ *Lerche*, in: FS Odersky (1996), S. 215, 231 mit Fn. 38; *W. Rüfner*, in: HStR, Bd. IX³ (2011), § 197 Rn. 92; a. A. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 161.

¹²⁵ Siehe dazu z. B. *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 161; *Wank*, ZGR 1988, 314, 316–318.

¹²⁶ Ausführlich dazu *Voßkuhle*, AöR 125 (2000), 177 ff. Kritisch zur Zulässigkeit der verfassungskonformen Auslegung *Lembke*, Einheit aus Erkenntnis? (2009), S. 185–269.

¹²⁷ BVerfGE 54, 277, 299 f.; 90, 263, 274 f.

¹²⁸ BVerfGE 90, 263, 275. Kritisch zur Wortlautgrenze aus sprachphilosophischer Sicht *Kuntz*, AcP 215 (2015), 387, 432–436.

¹²⁹ BVerfGE 118, 45, 76.

¹³⁰ BVerfGE 138, 64, 94.

¹³¹ Vgl. insbesondere die Erwägungen der 2. Kommission, wiedergegeben bei *Mugdan* Bd. I, S. 640: „Halte der Gesetzgeber mit aller Konsequenz an der Ueberzeugung fest, daß nur die konzessionirten und die eingetragenen Vereine als rechtsfähig anzuerkennen seien, und zwingt er den übrigen Vereinen die für sie nicht passende Rechtsform der Gesellschaft auf, so

rung im Wege der Rechtsfortbildung,¹³² mit dem Ergebnis, dass auf den nicht rechtsfähigen Verein die Vorschriften für eingetragene Vereine Anwendung finden, mit Ausnahme derjenigen, welche explizit die Eintragung voraussetzen (z. B. die Publizitätsvorschriften der §§ 68 ff. BGB).¹³³ In der Literatur wird demgemäß angenommen, dass die Regelung des § 54 S. 1 BGB durch diese rechtsfortbildende Rechtsprechung de facto außer Kraft getreten sei.¹³⁴

Eine solche rechtsfortbildende Korrektur verfassungswidriger Normen des regulatorischen Privatrechts stellt im Fall des § 54 BGB nur deshalb keinen Verstoß gegen Art. 100 Abs. 1 GG dar, weil es sich um ein vorkonstitutionelles Gesetz handelt.¹³⁵ Ansonsten gebietet das Normverwerfungsmonopol des BVerfG, dass die Zivilgerichte durch eine Vorlage eine Klärung der Verfassungsgemäßheit fragwürdiger Normen des regulatorischen Privatrechts herbeiführen. Nehmen sie dagegen selbständig eine Ergebniskorrektur vor, die mit dem Wortlaut der Norm und dem Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren ist, handelt es sich um einen Fall unzulässiger Rechtsfortbildung.

b. Regulatorische „Rechtsfortbildung“ durch Auslegung und Analogiebildung

Während es bislang darum ging, ob die Zivilgerichte berechtigt sind, durch den Gesetzgeber erlassene, möglicherweise verfassungswidrige Normen des regulatorischen Privatrechts im Wege der Rechtsfortbildung verfassungskonform zu korrigieren, soll im Folgenden untersucht werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben für Regulierung durch die Gerichte selbst bestehen. Dabei sind zunächst die Grenzen der regulatorischen Anwendung spezifischer Privatrechtsnormen zu betrachten, ehe anschließend auf die Befugnis der Zivilgerichte eingegangen wird, im Rahmen privatrechtlicher Generalklauseln und in gesetzlich ungeregelten Bereichen eigene regulatorische Ziele zu verfolgen.

bewirke er, daß die Einsicht in die Nothwendigkeit der Registrirung der Vereine sich immer mehr einbürgere.“

¹³² Siehe z. B. BGHZ 50, 325, 331–334 (zur aktiven Parteifähigkeit einer nicht eingetragenen Gewerkschaft); zuvor bereits BGHZ 42, 210, 217 f. Ihren Abschluss fand diese Rechtsprechung in dem Urteil BGH NJW 2008, 69, 74 (inzwischen durch die Reform von § 50 Abs. 2 ZPO obsolet geworden).

¹³³ Ausführlich zum Ganzen *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴ (2002), S. 741–743.

¹³⁴ *Milbert*, AcP 214 (2014), 188, 268 f.; *Arnold*, in: MünchKomm. BGB⁷ (2015), § 54 Rn. 4: „So kann man heute feststellen, dass § 54 S. 1 für das Recht der nicht eingetragenen Idealvereine nach dem Grundsatz ‚cessante razione legis cessat lex ipsa‘ außer Kraft getreten ist.“

¹³⁵ Vgl. auch *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 119. Geht man allerdings davon aus, dass seit der Schuldrechtsreform sämtliche vorkonstitutionellen Normen des BGB wie nachkonstitutionelles Recht zu behandeln sind (so überzeugend *Leipold*, NJW 2003, 2657, 2658 f.), ist dies nicht mehr ganz eindeutig. Allerdings wird man davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber die Rechtsfortbildung implizit in seinen Willen aufgenommen hat. So hat er etwa im Zuge der Änderung von § 50 Abs. 2 ZPO die Rechtsprechung zur aktiven Parteifähigkeit nicht rechtsfähiger Vereine ausdrücklich gebilligt; vgl. BT-Drucks. 16/12813, S. 15.

Die Anwendung und Auslegung vieler Normen des Privatrechts, insbesondere des BGB, haben nach und nach einen erheblichen Wandel erfahren und sich dabei häufig von der durch den Gesetzgeber ursprünglich verfolgten Regelungsabsicht entfernt. So hat etwa die Rechtsprechung im Laufe der Zeit auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB eine umfassende regulatorische Produzentenhaftung entwickelt, die durch eine Vielzahl detaillierter Sorgfaltspflichten sowie weitere Regelungen wie eine spezielle Beweislastverteilung ausdifferenziert worden ist.¹³⁶ Eine solche Haftung ist weder im Wortlaut von § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich angelegt noch war sie vom historischen BGB-Gesetzgeber als solche geplant. Diese Rechtsprechung stellt daher einerseits eine Rechtsfortbildung dar, bewegt sich aber andererseits eindeutig noch in den Bahnen des vom Gesetzgeber konzipierten Deliktsrechts, dem die Rechtsprechung im Laufe der Zeit lediglich im Wege der (objektiv-teleologischen) Auslegung eine andere Funktion gegeben hat. Verfassungsrechtlich ist eine solche „Fortentwicklung“¹³⁷ des Rechts grundsätzlich unbedenklich. Das BVerfG erkennt ausdrücklich an, dass eine Norm im Zeitablauf ihre Funktion ändern kann;¹³⁸ demnach kann der Zivilrichter sogar von Verfassungs wegen berufen sein, die „materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft“ zur Grundlage der Anwendung einer äußerlich unveränderten Norm zu machen.¹³⁹ Das gleiche gilt im Falle veränderter Bedingungen, insbesondere „neuartige[r], durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt geschaffene[r] Handlungs- oder Einwirkungsmöglichkeiten“.¹⁴⁰

Daneben existieren solche Konstellationen, in denen der Gesetzgeber die Lösung eines bestimmten Problems ausdrücklich der Praxis überlässt und die Gerichte dann einen regulatorischen Ansatz wählen, d. h. selbst ein Gemeinwohlziel definieren und die Anwendung der Norm daran ausrichten. Das BVerfG erkennt die Kompetenz der Zivilgerichte an, gesetzliche Lücken im Wege der Analogie zu schließen und dabei auch in Grundrechte einzugreifen.¹⁴¹ Dies gilt nicht nur

¹³⁶ Siehe etwa BGHZ 51, 91. Umfassender Überblick über die Rechtsprechung bei *Wagner*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2013), § 823 Rn. 617–692.

¹³⁷ Nach Ansicht von *Picker*, in: Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 85, 118 ist der fallübergreifende Geltungsgrund von Richtersprüchen rein material begründet, im Sinne einer überzeugenden Lösung, nicht aber formal. Im Ergebnis ist es allerdings unwesentlich, welche normtheoretische Bedeutung Richterrecht zukommt, solange es in der gerichtlichen Praxis als tatsächlicher Orientierungspunkt dient; vgl. *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 37–39. Siehe aber BVerfGE 84, 212, 227; 122, 248, 277, wonach die Gerichte nicht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an ihre frühere Rechtsprechung gebunden sind.

¹³⁸ BVerfGE 34, 269, 288: „Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit beigelegten Sinn stehenbleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln.“

¹³⁹ BVerfGE 34, 269, 289.

¹⁴⁰ BVerfGE 96, 375, 395.

¹⁴¹ BVerfGE 108, 150, 160. Allerdings gilt, dass je schwerer die verkürzte Rechtsposition verfassungsrechtlich wiegt, sich „die Rechtsfindung [...] umso stärker auf die Umsetzung be-

für die Ausfüllung einzelner Lücken eines ansonsten durch den Gesetzgeber detailliert geregelten Rechtsgebiets, sondern auch für die Übertragung von ganzen Regelungskonzepten im Wege einer Gesamtanalogie.¹⁴² Ein vorkonstitutionelles Beispiel ist die Frage, ob für culpa in contrahendo gehaftet werden soll, die der historische BGB-Gesetzgeber bewusst offen ließ,¹⁴³ so dass das RG im Wege einer Gesamtanalogie zu den vorhandenen Einzelregelungen einen allgemeinen Grundsatz der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluss ableiten konnte.¹⁴⁴

Die Grenze solcher rechtsfortbildenden Gesetzesauslegung und Lückenschließung, insbesondere durch Analogie und teleologische Reduktion,¹⁴⁵ ist aber dort erreicht, wo der Richter das Gesetz in einer mit dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck nicht zu vereinbarenden Weise anwendet,¹⁴⁶ sich also „aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz“ begibt.¹⁴⁷ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Gerichte Gemeinwohlziele verfolgen, die aus dem bestehenden gesetzlichen Rahmen nicht mehr im Wege der Auslegung oder Analogiebildung abgeleitet werden können, sondern frei geschöpft sind. Paradigmatisch für eine solche unzulässige, weil im Gesetz in keiner Weise angelegten Rechtsfortbildung ist die Rechtsprechung des BGH zur Begrenzung der Sachverständigenhaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB auf vorsätzliche Schädigungen, die der BGH ausdrücklich mit Allgemeinwohlbelangen begründete, nämlich mit dem Schutz des Sachverständigen als „Gehilfen des Richters bei der Urteilsfindung“, der „in Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht“ handle, der gegenüber „privatrechtliche Belange zurücktreten“ müssten.¹⁴⁸ Das BVerfG erklärte diese Rechtsprechung insbesondere deshalb für verfassungswidrig, weil der BGH aufgrund „eigene[r] rechtspolitische[r] Erwägungen“ das „deliktsrechtliche System der Jedermann-Haftung durch eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahme durchbrochen“ habe.¹⁴⁹

Besonders schwierig sind Fälle, in denen zwar die vom Gesetzgeber in einer bestimmten Weise konzipierte Norm als solche nicht angetastet wird, dasselbe, der Intention des Gesetzgebers widersprechende Ergebnis aber durch Auslegung einer anderen Regelung erreicht wird. Beispiele sind die Entwicklung der

reits bestehender Vorgaben des einfachen Gesetzesrechts beschränken [muss]“; BVerfGE 138, 377, 392.

¹⁴² BVerfGE 132, 99, 129–131.

¹⁴³ Vgl. Mot. II, S. 179.

¹⁴⁴ Grundlegend RGZ 95, 58, 60 sowie bereits RGZ 78, 239, 240. Siehe nunmehr § 311 Abs. 2 und 3 BGB n.F.

¹⁴⁵ Diese bewirken in der Sache eine Veränderung des Anwendungsbereichs einer Norm; vgl. Wiedemann, NJW 2014, 2407, 2409.

¹⁴⁶ BVerfGE 96, 375, 394.

¹⁴⁷ BVerfGE 87, 273, 280.

¹⁴⁸ BGHZ 62, 54, 59 f.

¹⁴⁹ BVerfGE 49, 304, 316–322, Zitate auf S. 322; dagegen wurde die Begrenzung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit im Ergebnis (4 gegen 4 Richter) für nicht verfassungswidrig angesehen; vgl. BVerfGE 49, 304, 323 f. Siehe nunmehr § 839a Abs. 1 BGB.

deliktischen Organisationspflichten im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB¹⁵⁰ und die ursprünglich in Rechtsfortbildung entwickelte culpa in contrahendo mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,¹⁵¹ mit denen die Rechtsprechung de facto die durch den Gesetzgeber vorgesehene Begrenzung der Unternehmenshaftung durch die Exkulpationsmöglichkeit in § 831 Abs. 1 S. 2 BGB unterlaufen hat. Es ist zweifelhaft, ob diese – inzwischen jedenfalls gewohnheitsrechtlich¹⁵² anerkannten – Rechtsfortbildungen, würden sie heute erstmals vorgenommen, den durch das BVerfG aufgestellten Anforderungen gerecht würden. Denn maßgebliches Kriterium für das Gericht ist, dass die Anwendung und Fortbildung des Privatrechts die „Zwecksetzungsprärogative des Gesetzgebers“ nicht berührt.¹⁵³ Da sich Regulierung nach dem in dieser Studie zugrunde gelegten Konzept aber gerade dadurch auszeichnet, dass politische Allgemeinwohlziele mittels Recht implementiert werden sollen,¹⁵⁴ berührt regulatorische Rechtsanwendung stets den Zweck der Norm. Dies zeigt auch das obige Beispiel: Der historische BGB-Gesetzgeber hielt eine allgemeine Unternehmenshaftung im Hinblick auf „manche der Schonung bedürftenden industriellen Zweige sowie die kleine Landwirthschaft“¹⁵⁵ für nicht zumutbar, verfolgte also ein (inzwischen möglicherweise überholtes) Allgemeinwohlziel. Durch die beschriebenen Rechtsfortbildungen machten die Gerichte dieses gesetzgeberische Regulierungsziel zunichte. Werden die Gerichte regulatorische Privatrechtsnormen abweichend von der regulatorischen Intention des Gesetzgebers an, beeinträchtigen sie grundsätzlich dessen Zwecksetzungsprärogative und überschreiten die Grenze der zulässigen Rechtsfortbildung.¹⁵⁶ Die Rechtsprechung des BVerfG sichert dem demokratisch legi-

¹⁵⁰ Grundlegend RGZ 53, 53, 57: „Als Betriebsunternehmerin liegt der Beklagten die Pflicht ob, die Zufahrtsstraße zu beleuchten; ihre Haftung wegen Vernachlässigung dieser Pflicht bestimmt sich daher nicht ausschließlich nach den Vorschriften über die Haftung des Geschäftsherrn für das Tun und Lassen des zur Verrichtung Bestellten, sondern auch nach der Vorschrift in § 823 B.G.B. Sie selbst hat, bezw. durch ihre verfassungsmäßigen Vertreter, dafür zu sorgen, daß jene Verpflichtung erfüllt werde, und sie würde nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, wenn sie jedwede Kontrolle darüber unterlassen hätte, ob eine ihr obliegende Pflicht, deren Erfüllung sie einer Person übertragen hatte, für deren Handlungen oder Unterlassungen sie nicht schlechthin haftet, auch wirklich erfüllt werde.“

¹⁵¹ Grundlegend BGHZ 66, 51, 55–58.

¹⁵² Es ist umstritten, ob § 311 Abs. 3 S. 1 BGB den Fall der culpa in contrahendo mit Schutzwirkung zugunsten Dritter erfasst; vgl. zum Streitstand *Kersting*, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht (2007), S. 323.

¹⁵³ BVerfGE 96, 375, 395; siehe auch *Vofskuhle*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 79, 91: Eine unzulässige Rechtsfortbildung liegt vor, „wenn das Fachgericht mit seiner Entscheidung ein rechtspolitisches Konzept verwirklicht, zu dem sich der Gesetzgeber ersichtlich nicht bekannt hat“. Zur Rechtsfortbildung als Kompetenzproblem *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2408 m. w. N.

¹⁵⁴ Siehe oben S. 53 ff.

¹⁵⁵ Prot. II, S. 603.

¹⁵⁶ Das BVerfG spricht davon, es bedürfe hinreichender „gesetzlicher Anknüpfungspunkte“ für die Rechtsfortbildung; vgl. BVerfGE 138, 377, 390–396.

timierten Gesetzgeber damit im Ergebnis die alleinige politische Entscheidungsmöglichkeit im regulatorischen Privatrecht.

c. Verfolgung eigenständiger Regulierungsziele durch die Gerichte

Kommt dem Gesetzgeber also grundsätzlich eine „Zwecksetzungsprärogative“ im Bereich des regulatorischen Privatrechts zu, so dürfen die Gerichte keine von der in Gesetzesform¹⁵⁷ gegossenen Regulierungsintention des Gesetzgebers abweichenden eigenen Regulierungsziele verfolgen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob und ggf. inwieweit der Gesetzgeber auf seine Zwecksetzungsprärogative verzichten bzw. diese auf die Zivilgerichte delegieren darf. Konkret stellt sich diese Frage bei den privatrechtlichen Generalklauseln und in Fällen, in denen der Gesetzgeber davon Abstand nimmt, eine Frage, einen Problemkreis oder ein bestimmtes Rechtsgebiet überhaupt zu regeln.

aa. Generalklauseln als Regulierungsermächtigung an die Gerichte

Im Folgenden soll untersucht werden, ob die bislang herausgearbeiteten Grenzen regulatorischer richterlicher Rechtsfortbildung auch gelten, wenn der Gesetzgeber eine privatrechtliche Generalklausel erlässt und die Zivilgerichte später ihre regulatorische Rechtsfortbildung auf diese Norm stützen. So hat die Rechtsprechung beispielsweise aus § 242 BGB ein umfassendes Verbot des Rechtsmissbrauchs abgeleitet,¹⁵⁸ das auch regulatorische Ausprägungen umfasst. Soweit auf Grundlage dieser Rechtsprechung etwa die Ausübung vertraglicher Rechte aus regulatorischen Gründen (d.h. aufgrund öffentlicher Interessen) für unzulässig erklärt wird,¹⁵⁹ findet ein erheblicher Grundrechtseingriff statt, ohne dass der Gesetzgeber die Einzelheiten des den Eingriff ermöglichenden Tatbestands selbst festgelegt hätte.

Teilweise wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer grundrechtseingreifenden Konkretisierung privatrechtlicher Generalklauseln mit dem Argument bejaht, die Verwendung von Generalklauseln oder ausfüllungsbedürftigen Begriffen (z.B. „gute Sitten“, „Treu und Glauben“, „widerrechtlich“, „sonstige Rechte“) durch den Gesetzgeber legitimiere den Richter, „diesen Klauseln einen der grundrechtlichen Wertordnung entsprechenden Inhalt zu geben“.¹⁶⁰ Es

¹⁵⁷ Instrukтив zum Unterschied zwischen Gesetzestext und -begründung BVerfGE 135, 1, 14 f.

¹⁵⁸ Siehe z.B. RGZ 135, 374, 376. Umfassende Darstellung der Rechtsprechung bei G. H. Roth / Schubert, in: MünchKomm. BGB⁶ (2012), § 242 Rn. 197–461.

¹⁵⁹ Siehe z.B. BAG NJW 1995, 275, 276 f. zur Unzulässigkeit der Kündigung eines Arbeitnehmers während der Probezeit wegen dessen Homosexualität. Zur Begründung führt das BAG u.a. an, der Arbeitgeber sei aufgrund des Arbeitsvertrags „nicht zum Sittenwächter über die in seinem Betrieb tätigen Arbeitnehmer berufen“; damit klingt eine gesellschaftspolitische Dimension an, die über den reinen Interessenausgleich hinausreicht.

¹⁶⁰ Klein, NJW 1989, 1633, 1640. Siehe auch BVerfGE 138, 377, 392: „Soweit die vom Gericht im Wege der Rechtsfortbildung gewählte Lösung dazu dient, der Verfassung, ins-

wird damit suggeriert, die Bindung der (regulierenden) Zivilrechtsprechung an die Verfassung löse das Problem mangelnder gesetzlicher Vorgaben. Zur Konkretisierung von Generalklauseln kann der Verweis auf die „grundrechtliche Wertordnung“ aber nur wenig beitragen.¹⁶¹ Es ist selbstverständlich, dass die Rechtsfortbildung, ebenso wie die Gesetzgebung, nicht gegen die durch die Grundrechte gezogenen materiellen Grenzen verstoßen darf.¹⁶² Eine *positive* Inhaltsbestimmung einzelner Regelungen des Gesetzes- oder Richterrechts lässt sich aber grundsätzlich nicht aus den Grundrechten deduzieren.¹⁶³ Etwas anderes mag allenfalls in solchen Fällen gelten, in denen die Grundrechte explizite Regelungsaufträge enthalten, wie etwa Art. 6 Abs. 5 GG¹⁶⁴, oder in denen Generalklauseln verwendet werden, um ein verfassungswidriges Ergebnis zu vermeiden, das sich bei Anwendung der eigentlich einschlägigen privatrechtlichen Norm ergeben würde.¹⁶⁵

Richterrechtliche Regulierung aufgrund von Generalklauseln wirft die Frage auf, ob mittels einer Generalklausel nicht nur dem *formellen* Gesetzesvorbehalt Genüge getan werden kann,¹⁶⁶ sondern auch die Anforderungen des Wesentlichkeitsgrundsatzes erfüllt werden, denen zufolge der demokratisch legitimierte Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtseingriffe alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat.¹⁶⁷ Während zwar die Anwendbarkeit des ursprüng-

besondere verfassungsmäßigen Rechten des Einzelnen, zum Durchbruch zu verhelfen, sind die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung weiter, da insoweit eine auch den Gesetzgeber treffende Vorgabe der höherrangigen Verfassung konkretisiert wird“. Verfehlt ist dagegen die Kritik von Wallkamm, RTh 39 (2008), 507, 516, politisches Richterrecht aufgrund von Generalklauseln umgehe die „Verfassungsbindung der Gesetzgebung“. Gegen jedes (letztinstanzliche) rechtsfortbildende Urteil steht ohne weiteres die Verfassungsbeschwerde offen, die eine vollständige Überprüfung des Richterrechts am Verfassungsrecht ermöglicht.

¹⁶¹ Vgl. Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit (2005), S. 150–152.

¹⁶² Siehe nur Ulber, EuGRZ 2012, 365, 375 m. w. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG.

¹⁶³ Siehe nur Starck, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 61, 73 („Rahmencharakter der Verfassung“).

¹⁶⁴ Das BVerfG sieht kein Problem darin, dass (wie bei grundrechtlichen Schutzpflichten generell der Fall – siehe oben S. 316) meistens mehrere Möglichkeiten bestehen, grundrechtlichen Schutzaufträgen nachzukommen; vgl. BVerfGE 25, 167, 183: „Daß sich hierbei in bestimmten Fällen verschiedene Möglichkeiten zur Verwirklichung des Verfassungsauftrags ergeben können, steht aber einer Aktualisierung noch nicht entgegen, wenn das Problem mit den erprobten Mitteln der Interpretation und rechtsschöpferischen Lückenfüllung gelöst werden kann“. Krit. dazu Hillgruber, JZ 1996, 118, 122.

¹⁶⁵ So die These, dass die Grundrechte das Privatrecht durch die Generalklauseln beeinflussen; grundlegend Dürig, in: FS Nawiasky (1956), S. 157, 176 f. sowie BVerfGE 7, 198, 206; zu Recht kritisch zur Begrenzung der Grundrechtswirkungen auf Generalklauseln Canaris, AcP 184 (1984), 201, 222–224. Führt die Heranziehung etwa von § 242 BGB dazu, die Anwendung einer an sich eindeutig verfassungswidrigen Norm zu korrigieren, dürfte sogar die Grenze zu einer unzulässigen Korrektur verfassungswidriger Gesetze überschritten sein; siehe dazu oben S. 675 ff.

¹⁶⁶ Dies ist zweifellos der Fall. Siehe zum Gesetzesvorbehalt oben S. 300 f.

¹⁶⁷ Zum Wesentlichkeitsgrundsatz siehe nur BVerfGE 49, 89, 126 f.; 53, 30, 56. Zur demokratietheoretischen Funktion des Wesentlichkeitsgrundsatzes siehe BVerfGE 85, 386, 403 f.

lich für das Verhältnis von Legislative und Exekutive entwickelten Wesentlichkeitsgrundsatzes auf die Rechtsprechung überwiegend bejaht wird,¹⁶⁸ erkennen aber selbst strikte Gegner richterlicher Rechtsfortbildung an, dass die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG der Delegation weitreichender gesetzlicher Entscheidungsmacht auf den Richter mittels privatrechtlicher Generalklauseln nicht entgegensteht.¹⁶⁹

Die Bindung sowohl der Exekutive als auch der Judikative an die formellen Gesetze findet ihre gemeinsame verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 20 Abs. 3 GG. Die Befugnis, selbst rechtssetzend tätig zu werden und die dabei zu beachtenden Einschränkungen, ergeben sich aber nicht aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern für die Exekutive aus Art. 80 Abs. 1 GG, für die Judikative dagegen aus Art. 97 Abs. 1 GG.¹⁷⁰ Während Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG besondere Anforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für exekutive Rechtssetzung stellt (Bestimmtheit von „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der Ermächtigung), finden sich derartige Voraussetzungen nicht in Art. 97 Abs. 1 GG. Hätte der Verfassungsgeber die richterliche Rechtsfortbildung ähnlichen Anforderungen unterstellen wollen, wäre eine entsprechende Regelung zu erwarten gewesen, denn Rechtsfortbildung und damit die Setzung von Richterrecht ist nach der Konzeption des GG eine Kernaufgabe der Rechtsprechung insbesondere der obersten Bundesgerichte.¹⁷¹ Unabhängig von der Frage, ob eine richterliche Rechtsfortbildung

¹⁶⁸ BVerfGE 88, 103, 116 (für hoheitliche Eingriffe); BVerfGE 138, 377, 396 (für Ausgestaltung); *Bruns*, JZ 2014, 162, 164 f.; *Classen*, JZ 2003, 693, 699; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 201–204; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123 f.; *Rüthers / Fischer / Birk*, Rechtstheorie⁸ (2015), S. 162; *Wank*, ZGR 1988, 314, 351; a. A. *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 33, 42 f.; *Ulber*, EuGRZ 2012, 365, 367.

¹⁶⁹ Siehe insbesondere *Hillgruber*, in: Maunz / Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 97 Rn. 46, der andernorts (*Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123 f.) die Wesentlichkeitstheorie als „unüberwindliche Schranke richterlicher Rechtsschöpfung“ bezeichnet. Siehe auch *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2410: Die Konkretisierung von Generalklauseln „stellt unbestritten Gesetzesanwendung im engeren Sinne dar“. I.E. ebenso *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 69. Einschränkend aber BVerfGE 138, 377, 395.

¹⁷⁰ Zum grundlegenden Unterschied zwischen Gerichten und Verwaltung siehe auch *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 33, 44. Das BVerfG hat allerdings in der *Soraya*-Entscheidung die Befugnis zur richterlichen Rechtsfortbildung maßgeblich auf Art. 20 Abs. 3 GG und die Formulierung, die Rechtsprechung sei an „Gesetz und Recht“ gebunden, gestützt; vgl. BVerfGE 34, 269, 286 f. Diese Bindung gilt nach dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 3 GG jedoch gleichermaßen für „die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung“. Für den Bereich der Exekutive vertritt das BVerfG aber einen strengen Vorrang des Gesetzes, der eine Rechtsfortbildung durch die Verwaltung ausschließt; vgl. BVerfGE 8, 155, 169; 40, 237, 247; 101, 312, 329.

¹⁷¹ Vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 185 f.; *Jachmann*, in: Maunz / Dürig, GG (Stand: 74. EL., 2015), Art. 95 Rn. 13; *Voßkuhle*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG⁶ (2010), Art. 95 Rn. 20. Zum historischen Hintergrund *Wiedemann*, NJW 2014, 2407.

ohne jegliche einfachgesetzliche Grundlage zulässig ist,¹⁷² genügt deshalb gemäß Art. 97 Abs. 1 GG jedenfalls jedes *Gesetz*, ohne dass – wie bei Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG – weitere Anforderungen an dessen Bestimmtheit zu stellen wären.

Damit kann der Gesetzgeber die Gerichte mittels Generalklauseln dazu ermächtigen, selbst regulierend tätig zu werden. Selbstverständlich muss aber – auch wenn man die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG nicht auf die Rechtsfortbildung überträgt – die entsprechende Generalklausel inhaltlich einen hinreichenden Anhaltspunkt bieten, auf den die konkrete regulatorische Rechtsfortbildung gestützt werden kann.¹⁷³ Deshalb genügt es für eine regulatorische Rechtsfortbildung noch nicht, dass der Gesetzgeber überhaupt eine Generalklausel erlässt, denn dies stellt allein eine Regelungstechnik dar,¹⁷⁴ die sich als solche noch keiner bestimmten Rechtsfunktion zuordnen lässt. So werden Generalklauseln häufig auch dazu eingesetzt, den Rahmen eines Interessenausgleichs zu konkretisieren. Damit die verfassungsrechtlich verbürgte „Zwecksetzungsprärogative“ des Gesetzgebers gewahrt bleibt, ist es vielmehr erforderlich zu zeigen, dass der Gesetzgeber durch den Erlass der konkreten Generalklausel die Gerichte gerade auch zu einer *regulatorischen* Konkretisierung ermächtigen wollte. Im Wege einer Grobeinteilung lassen sich vier Klassen von Generalklauseln unterscheiden: Es gibt (1) Generalklauseln, bei denen der Gesetzgeber bereits das Allgemeinwohlziel oder geschützte Interessen selbst vorgibt (z. B. § 138 Abs. 2 BGB, § 1666 Abs. 1 BGB, § 3 UWG, § 93 Abs. 1 AktG), so dass eine regulatorische Konkretisierung, sprich eine *eigenständige* Regulierung durch die Gerichte gar nicht mehr erforderlich ist.¹⁷⁵ Daneben nehmen (2) andere Generalklauseln in ihrem Wortlaut ebenfalls auf Allgemeinwohlinteressen Bezug (etwa in Form der „guten Sitten“), ohne dass diese aber schon so genau konkretisiert wären, dass eine einfache Subsumtion möglich wäre (z. B. §§ 138 Abs. 1, 826 BGB). Während bei solchen Generalklauseln nur im Einzelfall auch einmal eine rein interessenausgleichende Konkretisierung in Betracht kommt, gibt es des weiteren (3) sehr weit gefasste Generalklauseln, nach deren Wortlaut die Konkretisierung sowohl einem Interessenausgleich als auch der Verfolgung von Allgemeinwohlbelangen dienen kann (z. B. § 123 Abs. 1 BGB, § 242 BGB, § 307 BGB). Hier ist es vornehmlich eine Frage der Auslegung, ob die Generalklausel zur Verfolgung eines bestimmten Allgemeinwohlziels verwendet werden darf.¹⁷⁶ Schließlich existieren (4) solche Generalklauseln, die allein auf einen Interessenausgleich ausgerichtet sind und daher nicht für regulatorische Zwecke herangezogen werden dürfen (z. B. § 314 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Generalklauseln der Fallgruppen 2 und 3 können eine ver-

¹⁷² Dazu sogleich unten S. 685 ff.

¹⁷³ Vgl. BVerfGE 138, 377, 390–396.

¹⁷⁴ Zum Unterschied von „rules“ und „standards“ bereits oben S. 494 mit Fn. 222.

¹⁷⁵ Diese Generalklauseln wurden bereits vorab im Rahmen der regulatorischen Rechtsanwendung behandelt; siehe oben S. 652.

¹⁷⁶ Dazu ausführlich unten S. 696 ff.

fassungsrechtliche Grundlage für eine eigenständige Regulierungstätigkeit der Gerichte bilden.

Eine Beschneidung der Rechte des demokratisch legitimierten Gesetzgebers geht damit nicht einher.¹⁷⁷ Denn erstens kann dieser durch die Ausgestaltung der Generalklausel sowohl die Zulässigkeit der regulatorischen Konkretisierung als auch die Richtung der Rechtsfortbildung festlegen und durch den Erlass zusätzlicher, spezifischer Regeln den Gestaltungsspielraum der Gerichte weiter verkleinern. Zweitens kann der Gesetzgeber jederzeit Normen erlassen, um konkrete Lebenssachverhalte abweichend von den durch die Gerichte entwickelten Grundsätzen zu regeln.¹⁷⁸ Drittens entsteht Richterrecht, anders als der Erlass von Rechtsverordnungen durch die Exekutive, aus Anlass konkreter Fälle, die häufig auch ein umsichtiger Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte.¹⁷⁹ Generalklauseln ermöglichen eine schnelle und effektive regulatorische Reaktion etwa auf betrügerisches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten, das öffentliche Interessen verletzt.

Privatrechtliche Generalklauseln können damit eine verfassungsrechtlich zulässige Grundlage von regulatorischem „Richterrecht“ sein. Die Grenze richterrechtlicher Regulierung auf Grundlage einer Generalklausel ist aber dort erreicht, wo sich die Rechtsfortbildung in Widerspruch zu ausdrücklichem Gesetzesrecht setzt, etwa weil die konkrete Generalklausel eindeutig nur dem Interessenausgleich dienen soll. Zudem muss das regulatorische Richterrecht ein durch den Gesetzgeber vorgegebenes System beachten und darf nicht zu einem „Systemwechsel“ führen.¹⁸⁰

bb. Untätigkeit des Gesetzgebers als Regulierungsermächtigung?

Dagegen besteht keinerlei *gesetzliche* Grundlage für eine Rechtsfortbildung in Bereichen, in denen der Gesetzgeber gänzlich von einer Regelung abgesehen hat. Im Detail unterscheiden sich allerdings die Erscheinungsformen gesetzgeberischer Untätigkeit.

Teilweise weist der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hin, dass eine bestimmte Frage der Rechtsprechung zur Klärung überlassen werden solle.¹⁸¹ Dabei handelt es sich meistens um einzelne Detailfragen,

¹⁷⁷ Zudem verpflichten wichtige privatrechtliche Generalklauseln (§§ 138 Abs. 1, 242, 307 Abs. 1, 826 BGB) den Richter, sich bei der Konkretisierung an den Anschauungen der Mehrheit („alle billig und gerecht Denkenden“, „Rücksicht auf die Verkehrssitte“) zu orientieren.

¹⁷⁸ BVerfGE 132, 99, 127; *Bumke*, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung (2012), S. 33, 44.

¹⁷⁹ Vgl. *Maulttsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 254–261.

¹⁸⁰ BVerfGE 128, 193, 211.

¹⁸¹ Siehe z. B. RegE SMG, BT-Drucks. 14/6040, S. 210, wonach es der Rechtsprechung überlassen werden soll, festzulegen, ob der Ausschluss der Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums bei einem Mangel der Kaufsache erst ab Gefahrübergang eingreifen soll.

teilweise aber auch um Grundsatzfragen.¹⁸² In diesem Fall einer bewussten Regelungslücke ist eine richterrechtliche Lückenfüllung nach allgemeiner Ansicht zulässig.¹⁸³ Abhängig von der Art der Lücke, d. h. von den Beweggründen des Gesetzgebers, die entsprechende Frage der Praxis zur Klärung zu überlassen, kann die Rechtsprechung ausnahmsweise auch einmal eine Lösung im Wege regulatorischen Richterrechts implementieren. Dies setzt aber voraus, dass der Gesetzgeber eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass die Lücke zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen geschlossen werden darf.¹⁸⁴

Daneben gibt es Konstellationen, in denen der Gesetzgeber zwar ein Rechtsgebiet grundsätzlich regelt, einen bestimmten Regelungsbereich aber auslässt. Ein Beispiel ist die Frage der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft bzw. die Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zu Dritten.¹⁸⁵ Enthält das Gesetz zu einem bestimmten regelungsbedürftigen Bereich keine Vorschriften, dürfen die Gerichte zur Analogiebildung oder Rechtsfortbildung greifen. Soweit die Zivilgerichte die

¹⁸² So hat der historische BGB-Gesetzgeber etwa bewusst offen gelassen, inwieweit eine Haftung für culpa in contrahendo bestehen solle; siehe oben S. 679, Fn. 143.

¹⁸³ Siehe bereits oben S. 678 f.

¹⁸⁴ Als Beispiel für eine aus politischen Gründen bewusst geschaffene Gesetzeslücke kann die Ursprungsfassung des IPR in den Art. 7–31 EGBGB a.F. gelten, welche „in einer verstümmelten Gestalt die Welt [erblickte]“ (*v. Heim*, in: MünchKomm. BGB⁶ (2015), Einl. IPR Rn. 22), indem lediglich einseitige Kollisionsnormen aufgenommen und die in den Entwürfen vorgesehenen Kollisionsnormen zum Schuld- und Sachenrecht sowie über juristische Personen gänzlich gestrichen waren. Die politische Intention, die letztlich zu dieser Entwicklung geführt hatte (ausführlich zur Entstehungsgeschichte des IPR in der Ursprungsfassung des EGBGB *v. Bar / Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I² (2003), S. 528–533) wird in einem Brief des Staatssekretärs des Auswärtigen Amtes *Adolf Freiherr Marschall von Bieberstein* an den Staatssekretär des Reichs-Justizamtes *Robert Bosse* vom 31.03.1891 (zitiert nach *Hartwig / Korkisch* (Hrsg.), Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881–1896 (1973), S. 196–199) deutlich. Dort (aaO., S. 197) heißt es: „In der That würde das deutsche Reich, wenn das bürgerliche Gesetzbuch den Gegenstand regeln sollte, bei Verhandlungen über den Abschluß von Verträgen mit anderen Staaten sich von vornherein in ungünstiger Lage befinden. Wird den Ausländern und ihren heimatlichen Gesetzen durch die deutsche Gesetzgebung ohne Weiteres eine gewisse Berücksichtigung zu Theil, so hat der fremde Staat kein Interesse daran, den Deutschen in seinem Lande entsprechende Vortheile zuzusichern, da ja [in] Deutschland den Angehörigen des fremden Staates die fraglichen Vortheile auch ohne dieses zufielen.“ In einem solchen Fall wären die Gerichte berechtigt, die aus Gründen des öffentlichen Interesses bewusst geschaffene Gesetzeslücke zur Grundlage regulatorischer Entscheidungen (im Sinne der politischen Intention des Gesetzgebers) zu machen. Im Fall des IPR kam es dazu allerdings nicht, weil die entsprechenden Materialien jahrzehntelang geheim gehalten wurden, so dass die Rechtsprechung rechtsfortbildend ein umfassendes System allseitiger Kollisionsnormen ohne Rücksicht auf die genannten außenpolitischen Interessen entwickelte.

¹⁸⁵ Entgegen *Bruns*, JZ 2014, 162, 167 f., der die Annahme der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch BGHZ 146, 341 für eine unzulässige Rechtsfortbildung hält, ist der BGH eben nicht eindeutig „vom ursprünglichen gesetzlichen Bauplan“ abgewichen, denn das Gesetz, insbesondere die §§ 718 f. BGB, lassen die Frage weitgehend offen, was aus der Existenz eines „Gesellschaftsvermögens“ für die Rechtsträgerschaft folgt. Dazu auch *Mülbert*, AcP 214 (2014), 188, 238–242.

Lücke im Wege einer interessenausgleichenden Rechtsprechung füllen, liegt bereits kein Grundrechtseingriff, sondern eine Ausgestaltung vor.¹⁸⁶ So hat etwa das RG entschieden, dass nach Treu und Glauben die Leistung an einem anderen als dem vereinbarten Ort erfolgen kann, wenn die Leistung an letzterem unmöglich oder unzumutbar ist.¹⁸⁷ Eine solche Regelung, die allein darauf abzielt, die Interessen der Parteien in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, unterliegt nach der Rechtsprechung des BVerfG keinem Gesetzesvorbehalt.¹⁸⁸ Eine Lückenfällung mittels regulatorischen Richterrechts ist nur möglich, soweit sich dazu eine tragfähige Analogiebasis im Gesetzesrecht findet.

Besonders problematisch ist es aber, wenn der Gesetzgeber ein gesamtes (Teil-) Rechtsgebiet gar nicht regelt, wie etwa den Arbeitskampf, oder nur wenige und mit den Interessen der Praxis nicht konforme Regelungen vorsieht, wie etwa im Recht der Vorgesellschaft.¹⁸⁹ Ausgangspunkt einer Lösung muss zunächst der Justizgewährungsanspruch sein, der die Gerichte verpflichtet, einen konkreten Fall zu entscheiden, ohne dass sie bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung von einem Urteil absehen dürften.¹⁹⁰ Soweit sich das Ergebnis eines Zivilrechtsstreits nicht durch Auslegung vorhandener Normen ermitteln lässt, erwächst aus dem Rechtsverweigerungsverbot eine Pflicht zur richterlichen Rechtsfortbildung.¹⁹¹ Dies gilt zweifellos, soweit es darum geht, grundrechtlich gewährleistete Positionen, die andernfalls schutzlos wären, zu verwirklichen.¹⁹² Aber auch jenseits der grundrechtlichen Schutzpflicht erfordert die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, dass ein Rechtsstreit zwischen zwei Privaten nach *rechtlichen* Kriterien und nicht durch den Verweis auf deren Fehlen entschieden wird. Die Zivilgerichte sind deshalb stets berechtigt, ein vom Gesetzgeber nicht geregeltes, aber regelungsbedürftiges Rechtsgebiet mittels interessenausgleichenden Richterrechts auszugestalten, d. h. einen Interessenausgleich herzustellen, der dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht.¹⁹³

¹⁸⁶ Zu der Unterscheidung siehe oben S. 278 ff.

¹⁸⁷ Vgl. RGZ 107, 121, 122.

¹⁸⁸ BVerfGE 84, 212, 226 f.; 88, 103, 116. Siehe aber BVerfGE 138, 377, 393, wonach bei einer interessenausgleichenden Regelung, die grundrechtlich „geschützte Rechtspositionen in erheblichem Maße beeinträchtigt“, eine gesetzliche Regelung erforderlich sein kann.

¹⁸⁹ Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsfortbildung in diesem Bereich T. Raiser, in: FS Blaurock (2013), S. 385, 391–399.

¹⁹⁰ Siehe nur BVerfGE 107, 395, 406 m. w. N.

¹⁹¹ Zu diesem Zusammenhang ausführlich Hergenröder, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 168–176.

¹⁹² BVerfGE 49, 286, 303; 138, 377, 392.

¹⁹³ Bruns, JZ 2014, 162, 165–169 ist der Auffassung, die Gerichte dürften nur dann Rechtsfortbildung betreiben, wenn diese eine begrenzte Tragweite habe, nämlich auf das „zweipolige Verhältnis“ der an dem Rechtsstreit beteiligten Privaten beschränkt bleibe. In „mehrpolygonen Verhältnissen“, d. h. in Fällen, in denen die Rechtsfortbildung auch Auswirkungen auf Dritte hat (dies ist ein anderes Verständnis von zwei- und mehrpolig als das oben S. 278 ff. zugrunde gelegte), komme allenfalls eine Analogiebildung in Betracht. Während die Abgrenzung anhand der Zahl der betroffenen Personen als solche nicht überzeugt (so betrifft etwa die Ausgestaltung des Leasingrechts durch die Rechtsprechung typischerweise mehrere Beteiligte, etwa

Demgegenüber scheidet eine über die Ausfüllung einzelner Gesetzeslücken hinausreichende „Ersatzgesetzgebung“ mittels regulatorischen Privatrechts grundsätzlich aus. Nach dem in dieser Studie zugrunde gelegten Verständnis von Regulierung handelt es sich um eine rechtliche Verhaltenssteuerung zur Implementierung *politischer Allgemeinwohlziele*.¹⁹⁴ Ziel eines regulierenden Urteils ist neben der Entscheidung des konkreten Falles vorrangig auch, aufgrund bestimmter politischer Vorstellungen des öffentlichen Interesses verhaltenssteuernde Anreize für Dritte zu setzen, die sich in ähnlich gelagerten Situationen befinden. Die Festsetzung der politischen Ziele, d. h. die Konkretisierung des offenen Allgemeinwohls, obliegt aber in erster Linie dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber.¹⁹⁵ Damit hat sich die Zivilgerichtsbarkeit grundsätzlich an den politischen Direktiven des Gesetzgebers auszurichten und darf nicht selbst Politik betreiben. Sofern allerdings hinreichende politische Wertungen des Gesetzgebers vorhanden sind, die im Wege der Analogie übertragen werden können, darf auch ein gesetzesfreier Raum durch richterrechtliche Regulierung ausgefüllt werden. Ein Beispiel (das allerdings in wesentlicher Hinsicht auch einen Interessenausgleich umfasst) ist die analoge Anwendung des Vertragskonzernrechts auf die GmbH.¹⁹⁶

Ansonsten kommt eine eigenständige Regulierung durch die Gerichte in einem gesetzlich unregulierten Bereich ausnahmsweise dann in Betracht, wenn das konkret verwirklichte öffentliche Interesse in Form eines Verfassungsauftrags (z. B. Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 20a GG) konkretisiert ist, der auch den Gesetzgeber binden würde.

2. Sachliche Legitimation eigenständiger Regulierung durch Zivilgerichte

Soweit eine eigenständige Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte verfassungsrechtlich zulässig ist, handelt es sich dabei nicht lediglich um einen unerwünschten Aspekt richterlicher Unabhängigkeit, sondern um eine sozial wertvolle und erwünschte Tätigkeit der Gerichte. Wie gesehen, hängt die Legitimität des staatlichen Gewaltmonopols und eines *staatlichen* Privatrechts wesentlich von dem dadurch für den Einzelnen bewirkten Nutzen ab.¹⁹⁷ Ein solcher Nutzen, der maßgeblich auf rechtlicher Verhaltenssteuerung beruht, beschränkt sich aber nicht auf die Gesetzgebung, sondern umfasst auch die rechtsprechende Tätigkeit. Dies leuchtet unmittelbar ein für die Rechtsdurchsetzung als solche, gilt aber

Leasinggeber, Leasingnehmer und Lieferant, ohne dass deshalb Bedenken bezüglich der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung angebracht wären), hilft das Kriterium weiter, wenn man es *qualitativ* versteht. Siehe sogleich im Haupttext.

¹⁹⁴ Siehe oben S. 53 ff.

¹⁹⁵ Ausführlich dazu oben S. 242 f.

¹⁹⁶ Siehe z. B. BGHZ 105, 324.

¹⁹⁷ Siehe oben S. 370 f.

auch für die (regulatorische) Rechtsfortbildung. Der Umstand, dass innerhalb des Staates primär das Parlament zur *Konkretisierung* des Gemeinwohls berufen ist, bedeutet nicht, dass nicht auch der Judikative eine wichtige Aufgabe bei der praktischen *Gewährleistung* der durch den legislativen Rahmen vorgegebenen Gemeinwohlbelange zukäme. Diese Gewährleistung umfasst auch die regulatorische Ausfüllung des gesetzlichen Rahmens, wo dieser von der Legislative (z. B. durch regulatorische Generalklauseln) hinreichend konkret angedeutet, aber nicht mit unmittelbaren Rechtsfolgen bewehrt ist.

Eigenständige Regulierung durch die Zivilgerichte ist insbesondere deshalb legitim, weil gerichtliche Regulierung keineswegs ein bloßes Substitut gesetzgeberischer Regulierung darstellt, sondern ihr vielmehr ein wichtiger eigenständiger Anwendungsbereich zukommt.¹⁹⁸ Dieser ergibt sich aus zwei komparativen Vorteilen der Rechtsprechung:¹⁹⁹ Zum einen unterliegt die Rechtsprechung keinem Rückwirkungsverbot,²⁰⁰ es ist vielmehr gerade ihre Aufgabe, (unter Beachtung des zum Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung geltenden rechtlichen Rahmens²⁰¹) Fehlentwicklungen aufzuarbeiten, die bereits eingetreten sind; zum anderen können die Gerichte Regelungen in einem Detaillierungsgrad treffen, der dem Gesetzgeber zwar theoretisch möglich, der aber praktisch nicht erreichbar ist.

Als Beispiel für den ersten Vorteil lässt sich die Rechtsprechung des BGH zur Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen am ehemaligen „Neuen Markt“ der Frankfurter Wertpapierbörse nennen.²⁰² Während der Börseneuphorie um die Jahrtausendwende waren eine Vielzahl von jungen Unternehmen insbesondere aus der Internet- und Technologiebranche an diesen „Neuen Markt“ gegangen, von denen vielen sämtliche Voraussetzungen für ein tragfähiges Unternehmenskonzept fehlten. Um die übersteigerten Erwartungen der euphorisierten Anleger zu bedienen, kam es zu massenhafter Verbreitung von fehlerhaften oder sogar frei erfundenen Unternehmensnachrichten, insbesondere mittels so genannter Ad-hoc-Mitteilungen gemäß § 15 WpHG. Dadurch wurden nicht nur zahlreiche Anleger geschädigt, sondern auch das Vertrauen in den Markt für junge Unter-

¹⁹⁸ N. Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle* (2015), S. 71 f. weist (mit Bezug auf die Verfassungsgerichtsbarkeit) zu Recht darauf hin, dass die Gefahr einer gerichtlichen Selbstermächtigung mit den Gefahren abgewogen werden muss, die davon ausgehen, dass im politischen Prozess nicht alle relevanten Interessengruppen repräsentiert sind. Auch die Zivilrechtsprechung kann in diesem Rahmen einen Beitrag zur dezentralen Gemeinwohlverwirklichung leisten, wenn sie auf Initiative von Einzelnen regulatorisch tätig wird.

¹⁹⁹ Vgl. Schönberger, in: VVDStRL 71 (2012), S. 296, 312 f.

²⁰⁰ Vgl. BVerfGE 84, 212, 227; 122, 248, 277 (die Gerichte sind nicht an ihre eigene vergangene Rechtsprechung gebunden). Zu Versuchen, einen Vertrauensschutztatbestand zu begründen, siehe aber die Nachweise S. 672 f., Fn. 106–108.

²⁰¹ Instruktiv zum Unterschied zwischen der Aufgabe der Fachgerichte, für abgeschlossene Fälle das damals geltende Recht zu ermitteln, im Gegensatz zu den Möglichkeiten des Gesetzgebers, rückwirkend die Rechtslage „klarzustellen“, BVerfGE 135, 1, 1–19.

²⁰² Zum Folgenden auch bereits Hellgardt, *Kapitalmarktdeliktsrecht* (2008), S. 28 f.

nehmen sowie in den Aktienmarkt allgemein beeinträchtigt.²⁰³ Der Gesetzgeber reagierte und erließ die Haftungsvorschriften der §§ 37b, 37c WpHG, die aber erst zum 01. Juli 2002 in Kraft traten, als die Spekulationsblase längst geplatzt war. Die Aufarbeitung der Betrugsfälle aus der Hochzeit des „Neuen Marktes“ oblag daher den Zivilgerichten, die sich allerdings durch die Regelung des § 15 Abs. 6 WpHG a. F., der eine Schadensersatzpflicht bei Verstößen ausschloss, daran gehindert sahen, die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB einzuordnen. Der BGH zog schließlich § 826 BGB als Grundlage einer Haftung heran²⁰⁴ und bejahte damit, zumindest in den krassen Fällen, eine Haftung der handelnden Vorstände persönlich wie auch der Emittenten.²⁰⁵ Während sich zwar auch der Gesetzgeber des Allgemeinwohls „Schutz des Vertrauens in den Kapitalmarkt“ angenommen hat, konnten nur die Zivilgerichte eine Aufarbeitung der vergangenen Verstöße leisten. Das Vertrauen in einen funktionsfähigen Kapitalmarkt (als geschützter Allgemeinwohlbelang) hängt aber nicht vorrangig davon ab, dass der Gesetzgeber *nach* einer flächendeckenden Anlegerschädigung Wiederholungen verhindert. Entscheidend ist vielmehr, dass die tatsächlich vorgefallenen Fälle einer befriedigenden Lösung zugeführt werden und dies auch in Zukunft zu erwarten ist. Nur dann werden potentielle Anleger langfristig bereit sein, volkswirtschaftlich benötigtes Risikokapital zur Verfügung zu stellen, weil sie davon ausgehen, dass die regulatorische Reaktion der Rechtsprechung in der Vergangenheit generalpräventive Wirkung auf mögliche zukünftige Anlagebetrüger oder Marktmanipulanten entfaltet.

Ein Beispiel für den zweiten Vorteil der Gerichte bei der Regulierung, die Möglichkeit der Detailregelung, ist die BGH-Rechtsprechung zum Kraftfahrzeughandel.²⁰⁶ Angesichts der vielen denkbaren Konstellationen (Neuwagen, Jahreswagen, Gebrauchtwagen, private Verkäufer, Kommissionäre, Vertragshändler etc.) wäre es zwar theoretisch möglich, für die meisten Fälle Regelungen im Gesetz zu treffen. Dies würde aber zu einer Komplexität und einem Detaillierungsgrad des Gesetzes führen, der nicht nur die gesetzgeberischen Kapazitäten übermäßig beanspruchen, sondern letztlich auch das Gesetzesverständnis beeinträchtigen würde, indem aufgrund einer Vielzahl von Einzelregelungen die grundlegende Aussage verloren ginge. Demgegenüber können Gerichte die Konkretisierung des allgemeinen Kaufrechts durch Fallgruppenbildung anhand realer Sachverhalte vornehmen und damit erhebliche regulatorische Steuerungswirkungen (z. B. im Sinne einer Erhöhung der Markttransparenz) entfalten.

²⁰³ Diesen Schluss legt die Entwicklung der Aktionärszahlen nahe, die seit einem Höhepunkt im Jahr 2001 rückläufig sind; vgl. *Deutsches Aktieninstitut*, Aktionärszahlen 2014, 2015 ([https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2015-02-12 %20DAI%20Aktionaerszahlen% 202014.pdf](https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2015-02-12%20DAI%20Aktionaerszahlen%202014.pdf)), S. 3.

²⁰⁴ Grundlegend BGHZ 160, 134; 160, 149 und BGH NJW 2004, 2668.

²⁰⁵ Zur Emittentenhaftung gemäß §§ 826, 31 BGB grundlegend BGH NJW 2005, 2450.

²⁰⁶ Dazu ausführlich oben S. 116 ff.

Diesen Vorteilen einer gerichtlichen Regulierung lässt sich vordergründig die mangelnde demokratische Legitimation des Richters entgegenhalten.²⁰⁷ Derartige Einwände überzeugen aber nicht.²⁰⁸ Die starke Betonung persönlicher Legitimationsketten zieht die Gefahr nach sich, gegenüber der direkt vom Volk gewählten Legislative alle anderen Staatsgewalten als nur minder legitimiert zur Ausübung von Staatsgewalt zu betrachten. Zudem erscheint in einer solchen Perspektive die richterliche Unabhängigkeit als Hindernis einer direkten Rückbindung des Staatshandelns an den Willen des Volks. Soweit mit dem Verweis auf das Demokratieprinzip bereits generell die Kompetenz der (Zivil-)Gerichte zur Rechtsfortbildung geleugnet wird, liegt dem eine Verabsolutierung des Demokratieprinzips zulasten des gleichfalls mit Verfassungsrang ausgestatten Gewaltenteilungsgrundsatzes zugrunde. Die Möglichkeit und ggf. sogar Pflicht zur Rechtsfortbildung ist Kernbestandteil der rechtsprechenden Gewalt und letztlich Ausfluss des Rechtsverweigerungsverbots.²⁰⁹ Auf die demokratische Legitimation des Zivilrichters kann es allenfalls bezüglich der Frage ankommen, inwieweit eine eigenständige *Setzung* von Gemeinwohlzielen noch Gegenstand rechtsprechender Tätigkeit sein darf. Die vorhergehende Untersuchung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit regulatorischer Rechtsfortbildung hat aber gezeigt, dass in gewissen Grenzen (insbesondere im Rahmen von Generalklauseln mit regulatorischer Ausrichtung oder bei einem in Hinblick auf richterliche Gemeinwohlverfolgung „bereden“ Schweigen des Gesetzgebers) auch den Gerichten die Kompetenz zukommt, das öffentliche Interesse zu konkretisieren und die derart gewonnenen Gemeinwohlbelange wirksam durchzusetzen. Soweit die genannten Grenzen eingehalten werden, liegt darin auch kein Verstoß gegen das Demokratieprinzip. Denn die demokratische Legitimation des Richters ergibt sich nicht allein aus Legitimationsketten (seien sie nun sachlich, personell oder institutionell), sondern beruht auch auf der Öffentlichkeit und Nachprüfbarkeit der Entscheidungen, die sich im Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsprinzip, im Begründungserfordernis, in der beruflichen Qualifikation der Berufsrichter und der Mitwirkung von Laienrichtern sowie der Partizipation der Betroffenen widerspiegeln.²¹⁰ Der grundsätzliche Vorrang der Legislative im Bereich der Gesetzgebung kommt hinreichend in der „Zwecksetzungsprärogative“ des Gesetzgebers zum Ausdruck.²¹¹ Sofern dieser Vorrang des Gesetzgebers beachtet wird und die Gerichte keinen Systemwechsel ins Werk setzen, genügt es nach der Rechtsprechung der BVerfG, dass „dem Gesetzgeber die Möglichkeit [bleibt], in

²⁰⁷ So z.B. J. Ipsen, *Richterrecht und Verfassung* (1975), S. 204; Prütting, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 316; Rütters, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat* (2014), S. 76; Schönberger, in: VVDStRL 71 (2012), S. 296, 311.

²⁰⁸ Monographisch Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt* (2006). Siehe etwa auch Rennert, JZ 2015, 529, 530–532.

²⁰⁹ Dazu bereits soeben S. 687.

²¹⁰ Voßkuhle / Sydow, JZ 2002, 673, 680–682.

²¹¹ Zu dieser oben S. 680.

unerwünschte Rechtsentwicklungen korrigierend einzugreifen und so im Wechselspiel von Rechtsprechung und Rechtsetzung demokratische Verantwortung wahrzunehmen“.²¹² Daher stehen demokratietheoretische Überlegungen einer Regulierung durch die Zivilgerichte nicht entgegen.

Über die verfassungsrechtliche Ausgangslage hinaus hat zudem der Gesetzgeber mit der ZPO-Reform den Zivilgerichten, speziell dem BGH, die Aufgabe der regulatorischen Rechtsfortbildung ausdrücklich einfachgesetzlich aufgegeben. Damit besteht nicht nur die durch Verfassungsauslegung gewonnene, sondern auch eine ausdrückliche Ermächtigung zur eigenständigen Regulierung durch die Zivilgerichte. Diese Ermächtigung liegt darin, dass der Gesetzgeber die Zulassung der Revision in Zivilsachen u. a. an die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache und die Fortbildung des Rechts gebunden (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) und die Zielrichtung dieser Neukonzeption des Revisionsrechts wie folgt begründet hat:

Eine so ausgestaltete Revision, die sich *in erster Linie* an den *Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit* orientiert, und damit grundsätzliche Bedeutung voraussetzt, sichert dem Revisionsgericht eine maximale Wirkungsbreite. [...] [D]as Merkmal der Grundsätzlichkeit [bedeutet], dass der zu entscheidenden Rechtssache gerade eine über den Rahmen des Einzelfalles hinausgehende Bedeutung zukommt, weil ihre Beantwortung nicht nur zur Entscheidung dieses Falles, sondern zugleich auch mit Rücksicht auf die Wiederholung ähnlicher Fälle erforderlich erscheint oder sonstige *Interessen der Allgemeinheit* in besonderem Maße berührt.²¹³

Indem der Gesetzgeber ausdrücklich betont, dass es Aufgabe der Revision ist, die „Auswirkungen einer Entscheidung auf die Allgemeinheit“ zu beachten und „sonstige Interessen der Allgemeinheit“ zu wahren, ohne dies an entsprechende explizite Anforderungen des der Revision unterliegenden materiellen Rechts zurückzubinden, hält er die Zivilgerichte dazu an, der Rechtsanwendung Allgemeinwohlinteressen auch dann zugrunde zu legen, wenn diese in dem anzuwendenden materiellen Gesetz lediglich angedeutet sind und daher nur durch eine eigenständige gerichtliche Konkretisierung erschlossen werden können. Damit ist die eigenständige Regulierung durch Zivilgerichte, d. h. die selbständige Verfolgung von Allgemeinwohlzielen durch die Rechtsprechung, vom Gesetzgeber ausdrücklich erwünscht und kann – innerhalb des verfassungsrechtlich Zulässigen – nicht als untunliche Einmischung in legislative Angelegenheiten angesehen werden.²¹⁴ Ganz im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat den Gerichten – insbesondere dem BGH, aber auch den unteren Instanzen, denen die Aufgabe zukommt,

²¹² BVerfGE 132, 99, 127. Siehe auch *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 80–83, die von einem „Rückholrecht“ des Gesetzgebers spricht.

²¹³ Begr. RegE ZPO-Reform, BT-Drucks. 14/4722, S. 66 (Hervorhebungen hinzugefügt).

²¹⁴ *Schönberger*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 296, 310 f. ordnet das deutsche System rechtsvergleichend in der Mitte ein zwischen dem Common Law-Modell, in welchem höchstrichterliche Urteile ausschließlich zukunftsgerichtet seien, und den romanischen Ländern, in denen es meist um Einzelfallentscheidungen gehe, die deshalb auch nur knapp begründet würden.

die grundsätzliche Dimension des konkreten Falles herauszuarbeiten und rechtsfortbildende Lösungswege zu entwickeln, die sodann durch den BGH übernommen oder verworfen werden können²¹⁵ – ausdrücklich die Aufgabe zugewiesen, eigenständig regulatorisch tätig zu werden.

Diese Aufgabe ist für die Gerichte im Übrigen bis zu einem gewissen Grade unentrinnbar, da sie in der Praxis gar nicht verhindern können, dass die ratio decidendi ihrer Urteile verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet.²¹⁶ In solchen Konstellationen kann eine Rechtsprechung, die sich ausschließlich auf den Interessenausgleich zwischen den beteiligten Parteien beschränkt, ggf. öffentliche Gemeinwohlbelange negativ beeinträchtigen.

Ein Beispiel für die faktisch verhaltenssteuernde Wirkung ist das erwähnte BGH-Urteil, in dem das Bestehen einer Obliegenheit zum Tragen eines Fahrradhelms verneint wurde. Obwohl der BGH die Entscheidung allein in Hinblick auf einen Interessenausgleich zwischen den konkreten Parteien begründet und davon Abstand genommen hat, normative Vorgaben dazu aufzustellen, welche Verhaltensweise zum Schutz des Allgemeinwohlbelangs „Sicherheit im Straßenverkehr“ erforderlich wäre,²¹⁷ wurde das Urteil in der breiten Öffentlichkeit primär als genereller Verhaltensstandard rezipiert, indem die Medien aus der ratio decidendi auf das generelle Nichtbestehen einer Helmtragepflicht schlossen.²¹⁸

²¹⁵ Zur höchstrichterlichen Rechtsprechung als an die Untergerichte gerichteten Kommunikationsakt siehe *Albers*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 257, 270.

²¹⁶ Dies betrifft wiederum in besonderem Maße die Obergerichte, kann aber in manchen Fallkonstellationen auch auf Amts- oder Landgerichte zutreffen, so etwa, wenn diese aufgrund einer Zuständigkeitsregelung (z. B. einer örtlichen Zuständigkeit) mit bestimmten, ggf. auch regulatorischen Fragen maßgeblich befasst sind. Beispiele sind das AG Darmstadt, das örtlich zuständig ist, über Sperren des Internetanschlusses durch den größten deutschen Online-Provider zu entscheiden (siehe dazu *Kirchhoff*, NJW 2005, 1548 ff.) oder das LG Nürnberg-Fürth, in dessen Bezirk ein wichtiger Internetbroker seinen Sitz hat und das deshalb eine Vielzahl von Fragen des Wertpapierhandels und insbesondere des „Direkthandels“ von Wertpapieren entschieden hat (siehe z. B. LG Nürnberg-Fürth WM 2007, 2374; LG Nürnberg-Fürth CR 2003, 222). In diesen Konstellationen ist das betreffende Unternehmen der Regulierungsadressat, welcher sich allein deshalb nach den Urteilen richten wird, weil alle weiteren Fälle bei demselben Gericht landen.

²¹⁷ Zur Ermittlung eines Mitverschuldens i. S. v. § 254 Abs. 1 BGB stellte das Gericht darauf ab, ob das „Tragen von Schutzhelmen zur Unfallzeit im Jahr 2011 nach allgemeinem Verkehrsbewusstsein zum eigenen Schutz erforderlich war“; BGH NJW 2014, 2493, 2494. Ein solches Verkehrsbewusstsein ermittelte der BGH empirisch, indem er untersuchte, welcher Anteil der Radfahrer im Jahr 2011 einen Helm trug; da dies eine Minderheit von lediglich 11 Prozent war, sei „die Annahme, die Erforderlichkeit des Tragens von Fahrradhelmen habe im Jahr 2011 dem allgemeinen Verkehrsbewusstsein entsprochen, nicht gerechtfertigt“; BGH NJW 2014, 2493, 2495. Kritisch zur Formel vom allgemeinen Verkehrsbewusstsein *Morell*, JZ 2014, 1168, 1170–1172.

²¹⁸ So lautete der Tenor der Wiedergaben in der Presse: „Es gibt in Deutschland keine Helmpflicht für Radfahrer. Und es wird auch keine Helmpflicht durch die Hintertür geben – so hat es der Bundesgerichtshof gerade entschieden“; *Dambeck*, BGH-Urteil zum Fahrradhelm – Auch oben ohne ist vernünftig, Spiegel Online vom 17.06.2014, <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/kommentar-zum-bgh-urteil-auch-ohne-fahrradhelm-ist-vernuen>

Vor diesem Hintergrund ist es naheliegend anzunehmen, dass das Urteil tatsächlich eine erhebliche verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet hat und nach wie vor entfaltet, indem seine öffentliche Rezeption den Radfahrern signalisiert, dass ein Fahrradhelm *nicht* getragen werden muss.²¹⁹

Eine solche faktisch verhaltenssteuernde Wirkung, die vom Gericht nicht beabsichtigt ist, kann zu massiven Fehlsteuerungen führen;²²⁰ diese Gefahr droht etwa, wenn das Ergebnis einer interessenausgleichenden Einzelfallentscheidung von spezifischen Umständen des konkreten Sachverhalts getragen ist, die einer Verallgemeinerung entgegenstehen.²²¹ Das ist insbesondere dann problematisch, wenn aufgrund des faktisch verhaltenssteuernden Effekts einer allein unter Interessenausgleichs Gesichtspunkten gefundenen Entscheidung Allgemeinwohlbelange beeinträchtigt oder sogar durchkreuzt werden. Ein historisches Beispiel ist die berühmte „Holzstoffkartell“-Entscheidung, in welcher es das RG ausdrücklich ablehnte, Kartellvereinbarungen aus Gründen des Allgemeininteresses wegen Verstoßes gegen § 1 GewO für nichtig zu erklären.²²² Indem das RG die Wirksamkeit von Kartellvereinbarungen allein an dem, dem Interessenausgleich zuzurechnenden, Maßstab prüfen wollte, ob dadurch die Erwerbsfreiheit des Einzelnen übermäßig beschränkt werde,²²³ legte es den Grundstock für eine Entwicklung, die dazu führte, dass es (jedenfalls) bis zum Erlass des GWB in Deutschland zu vielfältigen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs mit enormer volkswirtschaftlicher Bedeutung kam.²²⁴ Dieses Beispiel zeigt, dass auch eine Rechtsprechung, die sich explizit darauf beschränkt, die beteiligten Interessen in einen Ausgleich zu bringen, dadurch erhebliche Folgewirkungen für Allgemein-

ftig-a-975713.html. Ähnliche Resümees des Urteils finden sich auf vielen Nachrichtenportalen der Tageszeitungen im Internet.

²¹⁹ Die Besonderheit, dass diese Aussage nach dem Urteil lediglich für das Jahr 2011 gelten sollte und also bereits zum Zeitpunkt des Urteils im Sommer 2014 überholt sein konnte, wenn nur bis dahin eine hinreichende Zahl von Fahrradfahrern einen Helm trug, wurde in der Medienberichterstattung zumeist nicht erwähnt. Der vom BGH angewendete Maßstab hat gemeinsam mit einer solchen Presseberichterstattung allerdings die Wirkung einer „self-fulfilling prophecy“, da so lange keine Helmpflicht besteht, wie die Mehrheit auch tatsächlich keinen Helm trägt.

²²⁰ Prägnant Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*² (1976), S. 333 (Nachwort zur 2. Aufl.): „Wenn wir uns [...] *im Bewußtsein* von der Entscheidungsverantwortung entlasten, so besteht die Gefahr, daß wir uns in der *Wirklichkeit* mit um so unverantwortlicheren Entscheidungen belasten. Galileis Widerruf hatte auf die Bewegung der Gestirne keinerlei Einfluß. Im Bereich der Jurisprudenz wirkt jedoch die Leugnung der Wirklichkeit, anders als in der Naturwissenschaft, auf die Wirklichkeit zurück. Wenn wir uns der Wahrheit über den Entscheidungsvorgang nicht stellen, so entziehen wir diesen der rationalen Kontrolle und Selbstkontrolle.“

²²¹ Im konkreten Fall der Helmtragepflicht versucht allerdings Morell, JZ 2014, 1168, 1172 zu zeigen, dass die verhaltenssteuernde Wirkung wünschenswert ist; ausführlich auch bereits ders., AcP 214 (2014), 387, 404–421.

²²² RGZ 38, 155, 156–158. Zur rechtshistorischen Einordnung der Entscheidung siehe Nörr, *Die Leiden des Privatrechts* (1994), S. 8–14.

²²³ RGZ 38, 155, 158 f.

²²⁴ Karsten Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 183; monographisch Nörr, *Die Leiden des Privatrechts* (1994).

interessen zeitigen *kann*. In Fällen, in denen eine solche Folgewirkung vorhersehbar ist und zudem die betroffenen Allgemeinwohlbelange durch die Verfassung vorgegeben oder durch den Gesetzgeber (etwa im Rahmen öffentlich-rechtlicher Gesetze) explizit verfolgt wurden, sind die Zivilgerichte zum Schutz dieser Belange (ggf. im Wege einer eigenständigen Regulierung) nicht nur legitimiert, sondern können im Einzelfall aufgrund ihrer Bindung an Recht und Gesetz auch dazu verpflichtet sein.²²⁵

3. Leitlinien eigenständiger gerichtlicher Regulierung

Wenn eigenständige Regulierung durch die Zivilgerichte also im Rahmen der entwickelten Grenzen nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch staatsrechtlich erwünscht ist, stellt sich die Frage, wie die Gerichte bei der Ausbildung regulatorischen Richterrechts konkret vorgehen sollten. Eine allgemeine methodische Vorgabe für die Rechtsfortbildung durch Zivilgerichte, die nicht auf Regulierung beschränkt ist, enthält Art. 1 Abs. 2 Schweizer ZGB. Dieser lautet: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht [...] nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“²²⁶ Demgegenüber zieht das deutsche Verfassungsrecht dem Richter weitaus engere Grenzen als sie für den Gesetzgeber gelten, wobei für die eigenständige Regulierung nochmals strengere Anforderungen eingreifen.²²⁷ Auf Grundlage dieser Anforderungen und der allgemeinen Rechtsanwendungsmethodik sollen im Folgenden Leitlinien für die eigenständige Regulierungstätigkeit der Gerichte entwickelt werden.

Zunächst muss sich das Gericht im Rahmen des gesetzlichen Systems halten und die vorhandenen gesetzlichen Anknüpfungspunkte berücksichtigen (dazu unter a.). Die Rückbindung an die bestehenden Gesetze ist insbesondere wesentlich für die Konkretisierung des Regulierungsziels, da dem Gesetzgeber eine „Zwecksetzungsprärogative“ zukommt (dazu unter b.). Eigenständige Regulierung bedeutet allerdings nicht nur, dass das Gericht mehr oder weniger selbständig Regulierungsziele definiert, sondern drückt sich auch wesentlich darin aus, dass die bestehenden Vorschriften so fortentwickelt werden, dass sie sich als Regulierungsinstrument zur Verfolgung dieser Ziele eignen (dazu unter c.). Schließlich gehört es zu den Aufgaben eigenständiger Regulierung durch die Zivilgerichte, bei der Konkretisierung von Regulierungszielen und der Schaffung neuer Regulierungsinstrumente den Gesamtkontext zu beachten, d. h. eine Abstimmung mit eventuellen parallelen hoheitlichen Regulierungsinstrumenten anzustreben (dazu unter d.).

²²⁵ Siehe auch bereits zum Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung oben S. 262 ff.

²²⁶ Dazu *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber (1951), S. 76–82 und passim.

²²⁷ Ausführlich dazu oben S. 674 ff.

a. Gesetzliche Anknüpfungspunkte für eine Regulierung durch Zivilgerichte

Die verfassungsrechtliche Untersuchung hat ergeben, dass eine eigenständige Regulierung durch die Zivilgerichte grundsätzlich einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt benötigt,²²⁸ etwa eine Generalklausel, die durch Bildung regulatorischer Fallgruppen konkretisiert wird, oder sonstige Normen oder Normenkomplexe, die als Grundlage für eine Analogie oder Gesamtanalogie dienen können. Nur ausnahmsweise kommt ein „beredtes“ Schweigen des Gesetzgebers als Grundlage einer eigenständigen Regulierung in Betracht.²²⁹ Zudem können Verfassungsaufträge (z. B. Art. 20a GG) die Gerichte zu entsprechender Regulierung ermächtigen. In allen Fällen ist dabei erforderlich, dass der gesetzliche Anknüpfungspunkt nicht nur auf einen Interessenausgleich zwischen den betroffenen Parteien, sondern (auch) auf die Verfolgung von Allgemeinwohlinteressen, also auf Regulierung, gerichtet ist.

Als erster Schritt zu einer eigenständigen gerichtlichen Regulierung muss deshalb durch Auslegung ermittelt werden, ob ein Gesetz (z. B. eine Generalklausel) die Gerichte zu einer selbständigen Bestimmung von Regulierungszielen und Regulierungsinstrumenten, also zu einer durch die Norm nur begrenzt determinierten Konkretisierung des Allgemeinwohls, ermächtigt. Anders als bei der Anwendung von mit konkreter Regulierungsentention erlassenen Gesetzen,²³⁰ geht es bei der Frage der eigenständigen Regulierung durch die Zivilgerichte (noch) nicht darum, ein bestehendes Regulierungsziel in einer „typischen Situation“ möglichst effektiv durchzusetzen, sondern darum, zunächst einmal ein solches Regulierungsziel zu gewinnen. Dazu ist eine Auslegung oder Rechtsfortbildung erforderlich, welche die Regulierungsziele und -mittel, d. h. Art und Weise der regulatorischen Konkretisierung des gesetzlichen Anknüpfungspunkts, aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung gewinnt (oben wurde dies als „Makro-Ebene“ bezeichnet²³¹). Damit besteht ein enger Zusammenhang zur objektiv-teleologischen Auslegung und zur gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung.²³²

Allerdings kann die *ratio legis* im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegung oder für Zwecke der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung sehr unterschiedlich bestimmt werden.²³³ So wird in der Methodenlehre die Notwendig-

²²⁸ Siehe insbesondere BVerfGE 138, 377, 390–396.

²²⁹ Dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht oben S. 686.

²³⁰ Dazu oben S. 647 ff.

²³¹ Siehe oben S. 657.

²³² Vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation (1983), S. 296: „Objektiv-teleologische Argumente sind dadurch gekennzeichnet, dass sich der Argumentierende in ihnen nicht auf die Zwecke irgendwelcher in der Vergangenheit oder in der Gegenwart tatsächlich existierender Personen, sondern etwa auf ‚vernünftige‘ oder ‚im Rahmen der geltenden Rechtsordnung objektiv gebotene‘ Zwecke bezieht.“

²³³ Dies gilt nicht nur für die Theorie, sondern auch für die Praxis. Das zeigt die empirische Untersuchung der BGH-Rechtsprechung von Reichelt, Die Absicherung teleologischer Argumente (2011), S. 196, die ihre Forschungsfrage, „ob es in der zu analysierenden Rechtspre-

keit betont, bei der Ermittlung der *ratio legis* „zwischen allgemeinen Gesetzen mit Ordnungscharakter und Zweck- oder Maßnahmegesetzen zu unterscheiden“. ²³⁴ Paradigmatisch zeigt sich diese Unterscheidung etwa im Steuerrecht, das einerseits Fiskalzwecknormen kennt, deren Zweck darin besteht, die Belastungsgleichheit der Steuerpflichtigen sicherzustellen, und andererseits Lenkungsnormen, die mit Blick auf den außersteuerlichen Lenkungszweck ausulegen sind. ²³⁵ Im Bereich des Privatrechts wird vor dem Hintergrund der Zweckunterschiede sogar bezweifelt, dass zwischen allgemeinem Zivilrecht und Gesellschaftsrecht von einer „Einheit der Methodenlehre“ gesprochen werden könne. ²³⁶ Abgesehen von spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben wie Art. 103 Abs. 2 GG kann es aber weniger auf verschiedene Teilrechtsgebiete ankommen ²³⁷ als auf die unterschiedlichen Funktionen der konkreten Normen. Der Zweck solcher Regelungen, die darauf abzielen, einen (gerechten) Interessenausgleich zwischen den Beteiligten zu erreichen, ist im Rahmen einer objektiv-teleologischen Auslegung anders zu bestimmen als das Ziel eines Gesetzes, mittels dessen Allgemeinwohlbelange verwirklicht werden sollen, d.h. es ist jeweils eine andere Makro-Ebene zur Ableitung der *ratio legis* einer konkreten Norm (Mikro-Ebene) heranzuziehen.

Im ersten Fall (also bei interessenausgleichenden Normen) besteht die objektiv-teleologische Auslegung darin, „dass man auf das allgemeinere Rechtsprinzip oder Rechtsgut zurückgeht, auf die *ratio juris*, die hinter der Norm zu finden ist“. ²³⁸ Diese Art der objektiv-teleologischen Auslegung kann als Umsetzung der Wertungsjurisprudenz Larenzscher Prägung in praktische Rechtsanwendung verstanden werden. ²³⁹ Maßgeblich für die Gewinnung von Sinn und Zweck des Gesetzes sind demnach neben den Sachgesetzlichkeiten insbesondere „die rechtsethischen Prinzipien, die hinter einer Regelung stehen, in denen der Sinnbezug einer solchen auf die Rechtsidee faßbar, aussprechbar wird“. ²⁴⁰ Eine wichtige Be-

chungspraxis immer wieder angewandte, erkennbare und bewehrte ‚Regeln‘, also ein System, zur Zweckermittlung gibt“, wie folgt beantwortet: „Dies war nicht der Fall. Erkennbar war lediglich, dass der Zweck in der Großzahl der Fälle anhand der Gesetzesmaterialien ermittelt wird. Zur Zweckfindung werden aber daneben alle erdenklichen Quellen genutzt.“

²³⁴ K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*³ (2008), S. 621. Siehe auch bereits oben S. 657, Fn. 51.

²³⁵ Dazu etwa Lang, in: FS Höhn (1995), S. 159, 174; R. P. Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht* (2007), S. 110; Tipke, in: FS v. Wallis (1985), S. 133, 135; Weber-Grellet, *StuW* 1993, 97, 103.

²³⁶ Mühlbert, *AcP* 214 (2014), 188 ff., der u.a. (aaO., S. 296) das „Einverständnis über die rechtstatsächlich-ökonomischen Grundlagen“ zwischen Wissenschaft und Praxis als einen der Gründe für den Sonderweg des Gesellschaftsrechts (den er vor allem auf dem Gebiet der Rechtsfortbildung verortet) ansieht.

²³⁷ Zur grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Teilrechtsordnungen siehe oben S. 545 ff.

²³⁸ K. F. Röhl/H. C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*³ (2008), S. 622.

²³⁹ Vgl. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. III (1976), S. 676–681.

²⁴⁰ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶ (1991), S. 333; wortgleich Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 154. Ähnlich auch Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991), S. 454: „Vor allem ist davon auszugehen,

deutung kommt daher insbesondere der *iustitia commutativa* als Grundprinzip eines gerechten Interessenausgleichs zu. Damit vollzieht diese Art der objektiv-teleologischen Auslegung methodisch nach, was Interessen- und Wertungsjurisprudenz auf rechtstheoretischer Ebene gelang:²⁴¹ Sie integriert ein scheinbar folgenbezogenes Auslegungskonzept – eine Auslegung nach dem Zweck des Gesetzes – in das prinzipienbasierte Privatrechtsverständnis, indem sie den Zweck als Prinzip, konkret als Wert, uminterpretiert.²⁴² Deshalb spielen die konkreten Folgen der ins Auge gefassten Entscheidung grundsätzlich keine Rolle;²⁴³ tatsächliche Konsequenzen geraten höchstens einmal in den Blick, wenn sie dazu dienen sollen, die Überlegenheit des eigenen Auslegungsergebnisses gegenüber einer möglichen Alternative im Wege eines „argumentum ad absurdum“ zu begründen, indem dessen Folgen als widersinnig, untragbar oder schlicht abwegig ausgewiesen werden.²⁴⁴ Entsprechend der allgemeinen Bedeutung des Ausdrucks „Zweck“, der nicht nur ein Synonym für „Ziel“ ist, sondern auch als „Bedeutung“ oder „Sinngehalt“ verstanden werden kann,²⁴⁵ ist eine „teleologische Auslegung“ nicht zwingend auf die Verfolgung eines (Regelungs-)Ziels ausgerichtet, sondern kann auch darin bestehen, zu bestimmen, was der Gesetzestext „wirklich“ meint.²⁴⁶ Dies bedeutet im Kontext der Wertungsjurisprudenz insbeson-

daß die ‚positive‘ Rechtsordnung an den Kriterien der Rechtsidee, nämlich Gerechtigkeit (im bescheidenen Sinn des Gleichmaßes), Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit als an dem ihr aufgegebenen Ziel nicht nur ausgerichtet sein sollte, sondern im Zweifel auch tatsächlich ausgerichtet wurde.“ Siehe auch die distanzierende Beschreibung bei *Deckert*, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung (1995), S. 47: „[Es handelt] sich, je nach dem eingenommenen Standpunkt, um die Suche nach der Natur der Sache, nach materialer Gerechtigkeit oder nach vernünftigen Gründen oder Zwecken.“ (Fußnoten weggelassen).

²⁴¹ Dazu oben S. 356 ff. und S. 360 ff.

²⁴² Zur Gleichsetzung von „teleologischer Jurisprudenz“ und „Wertungsjurisprudenz“ siehe *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz² (1983), S. 41.

²⁴³ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991), S. 365; *Larenz / Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 185 (jeweils mit Ausnahmen für „Grundsatzentscheidungen von großer wirtschaftlicher Tragweite“). Anders aber offenbar *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz (2014), S. 36, dem zufolge auch die objektiv-teleologische Auslegung „stets empirisch bedingt“ sei.

²⁴⁴ Ausführlich dazu *Diederichsen*, in: FS Larenz (1973), S. 155, 165–179.

²⁴⁵ So kommt dem Wort „Zweck“ nach Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache³ (1999), s.v. Zweck einerseits die Bedeutung zu „etw., was jmd. mit einer Handlung beabsichtigt, zu bewirken, zu erreichen sucht; [Beweggrund u.] Ziel einer Handlung“ und andererseits aber auch die Bedeutung „in einem Sachverhalt, Vorgang o.Ä. verborgener, erkennbarer Sinn“.

²⁴⁶ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation (1983), S. 298 f.: „Ein Grenzfall eines solchen Zustands liegt vor, wenn Z [i.e. der Zweck des Gesetzes; A.H.] dadurch bestimmt werden kann, daß es sich bei ihm um genau den Zustand handelt, in dem die zu begründende Norm R' [i.e. das Auslegungsergebnis; A.H.] gilt. In diesem Fall kann der Hinweis auf Z nur die Aufgabe haben, klar zu machen, was die Geltung von R' bedeutet. In der Regel sind zur Beschreibung eines solchen Zustandes Normen allgemeiner Art oder Prinzipien erforderlich. Z ist dann der Zustand, in dem die Prinzipien P₁, P₂, ..., P_n gelten.“ (Absatz und Fußnote weggelassen).

dere, einheitliche (rechtsethische) Wertungen sicherzustellen.²⁴⁷ Gerade dann, wenn die objektiv-teleologische Auslegung dazu herangezogen wird, die Norm entgegen dem durch Wortlaut oder (kleinteilige) Systematik nahegelegten Inhalt auszulegen, geht es zumeist darum, die Einheitlichkeit des (übergreifenden) gesetzlichen Systems zu wahren, indem etwa Wertungswidersprüche vermieden werden sollen.²⁴⁸

Demgegenüber wird die ratio legis regulatorischer Privatrechtsnormen aus einer anderen Makro-Ebene abgeleitet.²⁴⁹ Zwar stellen die Funktionen des Rechts als solche keine „Zwecke“ im Sinne der objektiv-teleologischen Auslegung dar;²⁵⁰ sie beschreiben aber unterschiedliche „Klassen“ von Zwecken: hier die „Allgemeinwohlziele“, dort die unterschiedlichen Spielarten des „Interessenausgleichs“ zwischen den beteiligten Parteien.

Ansätze für eine Auslegung, die nach dem in einem gesetzlichen Zusammenhang „objektiv“ verwirklichten Gemeinwohlziel fragt, finden sich überall dort, wo Gesetze mit Blick auf spezifische Regelungszwecke einzelner Teilrechtsgebiete ausgelegt werden. *Steindorff* spricht für das „Wirtschaftsrecht“ im Allgemeinen davon, dass es darum gehe, die „Politik des Gesetzes“ zu verwirklichen.²⁵¹ Im Rahmen eines konkreten Entwurfs hat *Hopt* aus einer Vielzahl gesetzlicher Regelungen induktiv ein „Anlegerschutzprinzip“ abgeleitet, für das

Zu Unrecht meinen daher *Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre (1982), S. 220; *Leal*, Ziele und Autorität (2014), S. 181, dass es sich bei solchen Argumenten nicht mehr um „teleologische“ Auslegung handele.

²⁴⁷ Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III (1976), S. 679: „Auch bei *LARENZ* handelt es sich bei den objektiv-teleologischen Kriterien jedenfalls *nicht um bloße* Auslegungsmittel, sondern auch um das Ziel einer gerechten und vernünftigen Auslegung des Gesetzes. Denn die Auslegung überprüft, ob eine gegebene Vorschrift auf einen Fall gerecht angewandt werden kann. Die Gerechtigkeit mit ihren Prinzipien ist aber als Ziel schwerlich mit *einem* methodischen Griff zu fassen.“ (Hervorhebung im Original). Allerdings grenzen *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 168–170 das „Bestreben nach einer gerechten Fallentscheidung“ von der Auslegung ab. Ähnlich *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991), S. 454, der zwischen teleologischer Auslegung und „dem subjektiven Werthorizont des Entscheidenden“ differenziert.

²⁴⁸ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995), S. 157. Vgl. auch *Morlok*, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion (2012), S. 179, 201: „Über die Teleologie wird die *Ergebnisverantwortung* des Rechtsanwenders in das methodische Programm verlagert.“ (Hervorhebung im Original).

²⁴⁹ Siehe auch bereits oben S. 657 ff.

²⁵⁰ Die hier als „Funktionen“ bezeichneten Eigenschaften des Rechts (dazu ausführlich oben S. 48 ff.) könnten bei einem weiten Begriffsverständnis auch als „Zwecke“ des Rechts angesehen werden. Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist mit „Zweck“ aber ein engeres Konzept gemeint, das eine zielführende Auslegung einzelner Normen ermöglicht; so zutreffend *Reichelt*, Die Absicherung teleologischer Argumente (2011), S. 45 f.; tendenziell anders aber z.B. *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen⁵ (2011), S. 69–71, der auch „abstrakte Gesetzeszwecke“ wie die „Sachgerechtigkeit der Entscheidung“ als Zwecke im Sinne der teleologischen Auslegung einordnet. Es ist aber unklar, wie sich aus einem solchen „Zweck“ ein Argument für die Auslegung einer konkreten Norm gewinnen lassen sollte.

²⁵¹ *Steindorff*, in: FS *Larenz* (1973), S. 217 ff.

er auch einen den Individualschutz (in hiesiger Terminologie „den Interessenausgleich“) übersteigenden funktionsschützenden Charakter („ein Gemeinwohlziel“) nachweist.²⁵² Jüngst hat *Franck* den Nachweis unternommen, dass die präventive Verhaltenssteuerung das einzige Leittelos der Schadensersatzhaftung im Bereich des marktordnenden Rechts bildet.²⁵³ Zuvor hat bereits *Karsten Schmidt* in ähnlicher Weise gezeigt, wie das Deliktsrecht anders auszulegen ist, wenn es im Rahmen eines „Kartell-Deliktsrechts“ in den Dienst des wettbewerblichen Marktschutzes gestellt wird,²⁵⁴ und an anderer Stelle wurde versucht, die Existenz eines „kapitalmarktrechtlichen Sonderrechtsverhältnisses“ im gemeinsamen Interesse des Markt- und Individualschutzes zu begründen, in dessen Rahmen vom allgemeinen Deliktsrecht abweichende Maßstäbe zur Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB gelten.²⁵⁵

Anschauungsmaterial aus der Rechtspraxis bietet der so genannte „more economic approach“ im Kartellrecht. Damit wird ein Paradigmenwechsel der Rechtsanwendung bezeichnet, mit dem die Europäische Kommission – gestützt auf ein ökonomisches (!) Beratergremium, das den Übergang von einer „formal-juristischen“ zu einer „folgenbezogenen“ Rechtsanwendung empfahl²⁵⁶ – das Wettbewerbsrecht an dem Ziel ausgerichtet hat, die Verbraucherwohlfahrt zu fördern.²⁵⁷ Auch in der Zivilrechtsprechung finden sich entsprechende Beispiele, privatrechtliche Normen mit Blick auf Allgemeinwohlzwecke objektiv-teleologisch auszulegen. So hat der BGH etwa den Erwerber eines aus öffentlichen Mitteln des sozialen Wohnungsbaus geförderten Wohngebäudes, der nicht in den Darlehensvertrag eingetreten war, zur Zahlung von „Strafzinsen“ an die Förderbank gemäß § 25 Abs. 1 WoBindG 1965 wegen Vermietung an einen Nichtberechtigten verurteilt und dies damit begründet, dass nur so Zuwiderhandlungen gegen die auch für den Erwerber geltenden öffentlich-rechtlichen Beschränkungen wirksam bekämpft werden könnten und andernfalls Umgehungen Tür und Tor geöffnet wären.²⁵⁸

Diesen Ansätzen ist gemein, dass sie gesetzliche Ziele im Wege einer objektiv-teleologischen Auslegung dadurch gewinnen, dass das Gesetz aus der Sicht eines konkreten Lebensbereichs betrachtet wird. In den Worten von *Steindorff*

²⁵² *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975), S. 288–347.

²⁵³ *Franck*, Marktordnung durch Haftung (2016), S. 86–104.

²⁵⁴ *Karsten Schmidt*, AcP 206 (2006), 169, 193–202.

²⁵⁵ *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 220–236.

²⁵⁶ *Economic Advisory Group on Competition Policy*, Report „An economic approach to Article 82“, 2005 (http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf), S. 5–7 und passim.

²⁵⁷ Siehe etwa Mitteilung der Kommission: Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (2009/C 45/02), ABl. EU C 45, S. 7. Dazu z. B. *Werden*, in: *Drexl/Kerber/Podsuzn* (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach* (2011), S. 11 ff.

²⁵⁸ BGHZ 61, 304, 307 f.

bedeutet dies, dass die Anwendung des Rechts „bei der Ermittlung der Sachverhalte und ihrer Zusammenhänge und bei der Frage [beginnt], wie eine Rechtsanwendung angesichts dieser Sachverhalte das gesetzliche Ziel erreichen kann“.²⁵⁹ Wichtig ist dabei, dass das Ziel der Rechtsanwendung nach wie vor aus dem Gesetz bzw. dem gesetzlichen System abgeleitet und keineswegs im Wege freier Rechtsfindung willkürlich gesetzt wird.²⁶⁰ Anders als die Wertungsjurisprudenz, die auf „hinter“ dem Gesetz stehende Wertungen zurückgreift, wird aber der gleichsam „vor“ dem Gesetz liegende Lebensbereich herangezogen, um den möglichen Zweck des Gesetzes zu erschließen. Besonders deutlich wird dies immer dort, wo neue Fallkonstellationen auftreten, die der historische Gesetzgeber nicht antizipieren konnte. So hat sich etwa der öffentliche Straßenverkehr durch den Siegeszug des Automobils nach dem Zweiten Weltkrieg in einer Weise verändert, die der historische BGB-Gesetzgeber in den 1890er Jahren schwerlich vorhersehen konnte. Vor dem Hintergrund der enorm gestiegenen Gefahren des öffentlichen Straßenverkehrs und dem gleichzeitig entstandenen öffentlichen Interesse an einer funktionsfähigen und sicheren Verkehrsinfrastruktur stellt sich daher die Frage, ob § 823 Abs. 1 BGB nicht der Zweck beizulegen ist, verhaltenssteuernd im öffentlichen Interesse zu einer Erhöhung der Verkehrssicherheit beizutragen. Zur Beantwortung solcher Fragen ist insbesondere auf den Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung abzustellen, im genannten Beispiel ist etwa die Existenz von § 7 StVG zu berücksichtigen und zu fragen, ob daneben noch ein Bedarf für eine verhaltenssteuernde Haftung im öffentlichen Interesse besteht.

b. Konkretisierung des Regulierungsziels

Jede objektiv-teleologische Auslegung ist maßgeblich durch Wertungsentscheidungen geprägt; auch bei der eigenständigen gerichtlichen Regulierung lassen sich die Regulierungsziele nicht im Sinne einer logischen Schlussfolgerung²⁶¹ aus einer Generalklausel oder bestehenden Vorschriften, die Grundlage einer Analogie sein könnten, deduzieren. Um die verfassungsrechtlich gebotene Gesetzesbindung sicherzustellen und methodischer Beliebigkeit vorzubeugen, dürfen Regulierungsziele, die dem Gesetz nicht eindeutig im Sinne einer konkreten gesetzgeberischen Regulierungsintention auf die Stirn geschrieben sind, aber nur im Rahmen der vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit den regulierten Lebensbereich verfolgten übergreifenden Ziele entwickelt werden. Methodisch entsprechen diese übergreifenden Ziele den dem Gesetz zugrunde liegenden Wer-

²⁵⁹ Steindorff, in: FS Larenz (1973), S. 217, 230.

²⁶⁰ Dies unterscheidet den hier vertretenen Ansatz grundlegend von dem von Koch / Rüßmann, Juristische Begründungslehre (1982), S. 227 abgelehnten Verständnis von „Folgenberücksichtigung“, bei dem sich der Interpret lediglich an eigenen Vorstellung dessen ausrichtet, was als sozial wünschenswert angesehen wird; dazu bereits oben S. 663 f.

²⁶¹ Instruktiv zur Begrenzung logischer durch teleologische Erwägungen bei der Rechtsanwendung Diederichsen, in: FS Larenz (1973), S. 155, 160–165.

tungen, die im Rahmen einer interessenausgleichenden objektiv-teleologischen Auslegung herangezogen werden.

Dabei geht die regulatorische Rechtsanwendung von der tatsächlichen Seite (dem regulierten Lebensbereich) aus und untersucht, welche verschiedenen Gesetze auf diesen einwirken sollen und welche Ziele der Gesetzgeber damit verfolgt. Dies ist besonders relevant, wenn allgemein gehaltene Gesetze (wie insbesondere das BGB) auf eine Vielzahl unterschiedlicher Lebensbereiche Anwendung finden. Für den Interessenausgleich zwischen Käufer und Verkäufer – also z.B. für die Frage, ob nach dispositivem Gesetzesrecht für Sachmängel gehaftet werden soll oder nicht – ist es weitgehend irrelevant, welche Sache verkauft wird.²⁶² Dagegen sind bei einem Unternehmenskauf (man denke etwa an die Übernahme eines DAX-Konzerns) regelmäßig erhebliche öffentliche Interessen betroffen, die es rechtfertigen, kaufrechtliche Regelungen in diesem Kontext grundsätzlich anders zu betrachten und auszulegen als beim morgendlichen Kauf eines Croissants.²⁶³ Dies wird dadurch unterstrichen, dass im ersten Fall ergänzende öffentlich-rechtliche Regelungen (insbesondere des WpÜG) eingreifen, während im letzteren Fall allenfalls lebensmittelrechtliche Vorgaben eine gewisse Rolle spielen. Die auf einen bestimmten Lebensbereich bezogenen öffentlichen Interessen lassen sich durch eine Gesamtsicht aller diesen Lebensbereich betreffenden Regelungen als „übergreifendes Regulierungskonzept“ erfassen.²⁶⁴ Vergleicht man das übergreifende Regulierungskonzept für die Übernahme börsennotierter Aktiengesellschaften mit dem übergreifenden Regulierungskonzept für den Lebensmitteleinzelhandel, so zeigen sich kaum Übereinstimmungen, obwohl in beiden Fällen das Kaufrecht den privatrechtlichen Kern der Transaktion bildet. Das übergreifende Regulierungskonzept bildet somit den Ansatzpunkt für die regulatorische Fortbildung des allgemeinen Gesetzes (im Beispiel des Kaufrechts).

Dem übergreifenden Regulierungskonzept kommt auch deshalb eine zentrale Bedeutung für die gerichtliche Konkretisierung von Regulierungszielen zu, weil es Ausdruck der gesetzgeberischen Zwecksetzungsprärogative ist. In ihm konkretisiert sich für die regulatorische Rechtsanwendung das gesetzliche „System“, das zu ändern nur der Gesetzgeber befugt ist.²⁶⁵ Ändert das Zivilgericht

²⁶² Dies gilt allerdings nur für die grundsätzliche Herangehensweise; im Detail können die Unterschiede eine Rolle spielen. So hat der BGH einerseits entschieden, dass beim Kauf von Haustieren eine Ersatzlieferung dann unmöglich ist, wenn eine persönliche Bindung zwischen Käufer und Tier entstanden ist (BGHZ 163, 234, 243 f.), wohingegen es andererseits beim Gebrauchtwagenkauf darauf ankommen soll, ob der Käufer das individuelle Fahrzeug vor dem Kauf persönlich besichtigt hat (BGHZ 168, 64, 74 f.).

²⁶³ Vgl. *Mestmäcker*, in: ders. (Hrsg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*² (1984), S. 455, 466: „Ist der Erwerb und der Verlust der Mitgliedschaft mit Hilfe der Veräußerung des Mitgliedschaftsrechts einmal als aktienrechtliches Problem erkannt, gewinnen diejenigen Regeln, die für den Umsatz von Aktien auf dem Markt gelten, unmittelbare aktienrechtliche Bedeutung.“

²⁶⁴ Dazu ausführlich oben S. 442 ff.

²⁶⁵ Vgl. BVerfGE 128, 193, 211.

ein übergreifendes Regulierungskonzept, überschreitet es die Grenzen der Gewaltenteilung; bewegt es sich bei der regulatorischen Rechtsanwendung hingegen innerhalb des übergreifenden Regulierungskonzepts, sind die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung eingehalten. Insoweit genügt es, dass der Gesetzgeber jederzeit die Möglichkeit hat, ihm missliebige Entwicklungen der eigenständigen gerichtlichen Regulierung im Wege einer Gesetzesreform zu korrigieren.²⁶⁶

Sollen für einen bestimmten Lebensbereich (z. B. öffentliche Unternehmensübernahmen) im öffentlichen Interesse liegende Regulierungsziele konkretisiert werden, muss das übergreifende Regulierungskonzept den Ausgangspunkt bilden. Dabei zeigt sich, dass Gesetze im Bereich der Wirtschaftsregulierung sich häufig auf das übergreifende Regulierungskonzept der Bekämpfung von Marktversagen zurückführen lassen,²⁶⁷ so insbesondere bei Regelungen, die gegen koordinierte oder einseitige Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet sind, die – wie die unionsrechtlichen Grundfreiheiten – auf eine grenzüberschreitende Marktöffnung abzielen, die eine Verzerrung des Wettbewerbs durch staatliche Subventionen begrenzen oder die systematische Informationsasymmetrien auf Märkten verhindern sollen.²⁶⁸ Bei diesen Normbereichen kann grundsätzlich das Generalziel der Verhinderung von Marktversagen als übergreifendes Regulierungskonzept unterstellt werden, auf dessen Grundlage durch objektiv-teleologische Auslegung oder rechtsfortbildend weitere konkrete Regulierungsziele für solche Fragen abgeleitet werden können, die nicht oder nur cursorisch gesetzlich geregelt sind. Dies ist zulässig, soweit die durch die Gerichte gesetzten Regulierungsziele noch dem Generalanliegen, Marktversagen zu verhindern, zugerechnet werden können. Ein Beispiel ist die bereits erwähnte BGH-Rechtsprechung zur Haftung für fehlerhafte Ad-hoc-Mitteilungen am Kapitalmarkt gemäß § 826 BGB.²⁶⁹

Jenseits des „marktordnenden Rechts“ verfolgt der Gesetzgeber im Allgemeinen andere Ziele, so dass dort ein entsprechendes übergreifendes Regulierungskonzept erst gefunden werden muss. Dazu wurde oben ein Vorgehen in vier Schritten vorgeschlagen, das hier kurz wie folgt rekapituliert werden kann: (1) Identifizierung des regulierten Lebensbereichs; (2) Identifizierung eines normativen Leitbilds für diesen Lebensbereich, welches das öffentliche Interesse konkretisiert; (3) Beachtung einer eventuellen Subsidiarität rechtlicher gegenüber gesellschaftlichen Lösungen; (4) Systematisierung einzelner Regulierungsziele mit dem Ziel des Ausgleichs von Funktionsdefiziten des regulierten Lebensbereichs. Oben wurde auch bereits der „Schutz der Familie“ als ein Beispiel für ein solches übergreifendes Regulierungskonzept angeführt.²⁷⁰

²⁶⁶ So überzeugend BVerfGE 132, 99, 127.

²⁶⁷ Dazu bereits oben S. 444 ff.

²⁶⁸ Vgl. die Definition des „marktordnenden Rechts“ bei *Franck*, Marktordnung durch Haftung (2016), S. 4 f.

²⁶⁹ Dazu oben S. 689 f. Zum Ziel der Kapitalmarkthaftung ausführlich *Hellgardt*, Kapitalmarktdeliktsrecht (2008), S. 165–198.

²⁷⁰ Ausführlich zum Ganzen oben S. 447 f.

Im vorliegenden Zusammenhang kann dieses Beispiel fortgeführt und anhand der aktuellen BGH-Rechtsprechung zum Konflikt von Familien- und Scheidungsunterhalt konkretisiert werden: Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Unterhaltsreform,²⁷¹ mit der der Gesetzgeber eine Reihe familienpolitischer Ziele verfolgte, unter anderem „die Chancen für einen Neuanfang nach einer gescheiterten Ehe [zu] erhöhen und die Zweitfamilien [zu] entlasten“.²⁷² Soweit damit nicht nur der Interessenausgleich zwischen geschiedenen Ehegatten und ihren Familien neu justiert, sondern auch gesellschaftspolitische Anliegen (etwa geschiedene Ehegatten zur Erwerbsarbeit anzuhalten²⁷³) verfolgt werden, handelt es sich um Regulierung. Der BGH nahm diese Verschiebung des übergreifenden Regulierungs- bzw. Regelungskonzepts „Schutz der Familie“ zu einem „Schutz der Zweitfamilie“ auf, indem er im Wege der Konkretisierung der Generalklausel des § 1581 BGB, der die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners regelt, einen „Grundsatz der Dreiteilung“ etablierte.²⁷⁴ Scheitert die vorrangige gesellschaftliche Problemlösung in Form einer einvernehmlichen Einigung über den Unterhalt (vgl. § 133 Abs. 1 Nr. 2 FamFG), richtet der BGH die Lösung des Problems, wie die begrenzten Mittel des Unterhaltspflichtigen zwischen dem ersten Ehegatten und der Zweitfamilie zu verteilen sind, an dem normativen Leitbild der Entlastung von Zweitfamilien aus. Die eigenständige politische Zielsetzung (auf der Grenze von Interessenausgleich und Regulierung) drückt sich darin aus, dass der BGH die Schutzbedürftigkeit der einzelnen Unterhaltsberechtigten bereits bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit berücksichtigt und nicht erst bei einer mangelbedingten Kürzung gemäß der Rangfolge des § 1609 BGB.²⁷⁵ Dadurch erhöht sich im Ergebnis der für die

²⁷¹ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189.

²⁷² Begr. RegE BT-Drucks. 16/1830, S. 13. Für eine erste Evaluation der Reform siehe Wilenbacher, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?* (2010), S. 369 ff.

²⁷³ Begr. RegE BT-Drucks. 16/1830, S. 2.

²⁷⁴ Grundlegend BGHZ 192, 45. Zuvor hatte der BGH bereits versucht, einen ähnlichen Grundsatz zu etablieren, indem er den Unterhaltsbedarf gemäß § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB anstatt am Maßstab der „ehelichen Lebensverhältnisse“ anhand der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ bestimmte; vgl. BGHZ 171, 206, 215. Dies wurde aber vom BVerfG als verfassungswidriger „Systemwechsel“ angesehen, weil damit die gesetzliche Unterscheidung zwischen Unterhaltsbedarf und Leistungsfähigkeit außer Acht gelassen werde; BVerfGE 128, 193, 215.

²⁷⁵ Vgl. BGHZ 192, 45, 60: „Diese Rechtsprechung führt dazu, dass im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB auch nachehelich geborene minderjährige oder privilegiert volljährige Kinder vorrangig zu berücksichtigen sind, weil deren Unterhalt nach § 1609 Nr. 1 BGB stets im ersten Rang geschuldet ist. Dass die Unterhaltspflicht für diese Kinder erst nachehelich entstanden ist, ist im Rahmen der Leistungsfähigkeit unerheblich, weil insoweit für die weiteren Unterhaltsberechtigten kein Vertrauensschutz dahingehend besteht, dass sich durch Wiederheirat und Gründung einer Zweitfamilie des Unterhaltspflichtigen der Kreis der unterhaltsberechtigten Personen nicht vergrößert und seine Unterhaltsquote nicht gekürzt wird (BT-Drucks. 16/1830 S. 24).“ An dieser Stelle verweist der BGH auf einen Ausschnitt der Gesetzesbegründung (aaO., S. 23 f.), in dem der Gesetzgeber begründet, dass die frühere Privilegierung des ersten Ehegatten zulasten der Zweitfamilie beendet werden müsse.

Zweitfamilie zur Verfügung stehende Unterhalt beträchtlich.²⁷⁶ Ein solcher Ansatz verhindert ein drohendes Funktionsdefizit des Familienmechanismus („gegenseitige Fürsorge“) der Zweitfamilie durch die Belastung mit Unterhaltungspflichten zugunsten eines ersten Ehegatten und verändert damit nicht nur den Interessenausgleich, sondern fördert auch gesellschafts- und familienpolitische Ziele wie die Akzeptanz von Zweitfamilien und die Bekämpfung von Kinderlosigkeit.

Dieses Beispiel verdeutlicht, wie durch Aufnahme einer generellen gesetzgeberisch vorgegebenen Regulierungsrichtung und anknüpfend an den Tatbestand einer Generalklausel eigenständige (in diesem Fall familienpolitische) Regulierungsziele im Rahmen des gesetzlich angelegten übergreifenden Regulierungskonzepts entwickelt werden können.

c. Schaffung von Regulierungsinstrumenten

Die eigenständige Regulierung durch Gerichte erschöpft sich aber nicht darin, aus übergreifenden Regulierungskonzepten Regulierungsziele abzuleiten, sondern erfasst auch die „Schaffung“ von Regulierungsinstrumenten im Wege der Auslegung oder Rechtsfortbildung. Damit sind Konstellationen gemeint, in denen das Gesetz keine Norm enthält, die eine dem Regulierungsziel gemäße Rechtsfolge ausspräche.²⁷⁷

In diesem Sinne hat etwa das RG aus der Regelung des § 826 BGB, deren Rechtsfolge lautet „ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet“, einen Kontrahierungszwang für marktbeherrschende Unternehmen, die einzelne Kunden aus wettbewerbswidrigen Gründen ausschließen, abgeleitet.²⁷⁸ Ein weiteres Beispiel ist der Anspruch des Verbraucher-Käufers auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten bei der Ersatzlieferung, den der BGH im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung – zur Umsetzung des unionsrechtlichen Regulierungsziels, einen wirksamen Wettbewerb um Verbrauchsgüterkäufe im Binnenmarkt zu erreichen – aus § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB hergeleitet hat, nach dessen Wortlaut

²⁷⁶ Der Gesetzeswortlaut legt eher nahe, die Unterhaltungspflichten der einzelnen Beteiligten unabhängig voneinander zu bestimmen, so dass bei später hinzutretenden Berechtigten (zweiter Ehegatte, unverheiratete Kindsmutter oder Kinder) die Unterhaltsansprüche des ersten Ehegatten als „sonstige Verpflichtungen“ i.S.v. § 1581 S. 1 BGB anzusehen wären, andersherum aber nicht, so dass es bei einer „Halbteilung“ zwischen erstem Ehegatten und Zweitfamilie geblieben wäre. Die Kürzung gemäß der Rangfolge des § 1609 BGB hätte dann bei diesen unterschiedlich hohen Anfangsforderungen ihren Ausgang genommen, mit dem Ergebnis, dass dem ersten Ehegatten – abhängig davon, ob er unter § 1609 Nr. 2 oder Nr. 3 BGB fällt – ein weitaus höherer gekürzter Anspruch zugestanden hätte als bei einer Nivellierung der Anspruchshöhe vor der Kürzung, wie sie der BGH nun vornimmt. Allerdings hatte der BGH bereits vor der Unterhaltsreform den damals bereits wortgleich existierenden § 1581 S. 1 BGB so ausgelegt, dass anderweitige Unterhaltungspflichten zu berücksichtigen seien, wenn sie gleich- oder vorrangig sind; vgl. BGH NJW 1983, 1733, 1735.

²⁷⁷ Zu den Grenzen der Schaffung von Regulierungsinstrumenten durch Auslegung siehe bereits oben S. 661 ff.

²⁷⁸ RGZ 48, 114, 127.

der Käufer „die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen“ kann.²⁷⁹ Damit zusammenhängend hat der BGH dem Unternehmer-Verkäufer im Wege einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion von § 439 Abs. 3 BGB (der dem Verkäufer das Recht zur Verweigerung einer oder beider Arten der Nacherfüllung gibt) das Recht eingeräumt, „den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrags zu verweisen“.²⁸⁰

Die Möglichkeit, durch Auslegung oder Rechtsfortbildung neue Regulierungsinstrumente zu schaffen, die maßgeschneidert darauf ausgerichtet sind, ein Regulierungsziel zu erreichen, stellt einen wesentlichen Vorteil eigenständiger Regulierung durch die Gerichte dar. Da der Gesetzgeber häufig aufgrund der abstrakt-generellen Natur von Gesetzesnormen und der Vielfältigkeit ihres Anwendungsbereichs das für bestimmte Fallgruppen passende Regulierungsinstrument nicht im Blick hat, handelt es sich um eine wertvolle Ergänzung der Möglichkeiten staatlicher Regulierung.

Wenn Zivilgerichte neue Regulierungsinstrumente schaffen, handelt es sich nicht mehr um Auslegung bestehender Normen, sondern um einen Akt eigenständiger Regulierung. Dies gilt auch dann, wenn das neue Instrument im Einzelfall lediglich ein zusätzliches Mittel dazu bereitstellt, eine vom Gesetzgeber anderweitig bereits explizit verfolgte Regulierungsentention durchzusetzen, wie dies z. B. bei der Herleitung einer *exceptio doli* aus §§ 242, 826 BGB zur Verhinderung einer Rechtsdurchsetzung, die anderweitig definierte Gemeinwohlinteressen verletzen würde,²⁸¹ der Fall ist. Denn letztlich ergänzen oder modifizieren die Gerichte mit der Schaffung neuer Regulierungsmittel stets auch die vorhandenen Regulierungsziele. Das zeigt sich besonders deutlich, wenn es um die Bekämpfung von „Gesetzesumgehung“ geht. Ob ein Verhalten, das den Tatbestand einer regulatorischen Privatrechtsnorm *nicht* erfüllt, dennoch im Wege einer Analogie erfasst werden sollte, ist eine Wertungsfrage, deren Bejahung notwendigerweise eine Erweiterung des Regulierungsziels bewirkt.²⁸² Anders gewendet

²⁷⁹ BGHZ 192, 148, 158–160. Siehe zum Ganzen ausführlich oben S. 113 f.

²⁸⁰ BGHZ 192, 148, 163 f.

²⁸¹ Vgl. RGZ 135, 374, 376 f. (zum Ausschluss der Kondiktion eines zur Bestechung von Beamten geleisteten Betrags, nachdem der damit bezweckte Bestechungserfolg endgültig eingetreten ist).

²⁸² Dies zeigt etwa das bereits genannte Beispiel einer erweiterten Auslegung von § 25 Abs. 1 WoBindG 1965 durch den BGH (dazu oben S. 700). Der Sinn der Strafzinsen besteht zunächst einmal darin, dem Kreditnehmer, der in den Genuss geförderter und deshalb besonders günstiger Zinsen gekommen ist, den (höheren) Gewinn aus einer Vermietung von Wohnraum an Nichtberechtigte zu nehmen und ihn dazu zu bringen, die Wohnungen auch tatsächlich an sozial Bedürftige zu vermieten. Ob dieser Zweck eine Erstreckung auf den Erwerber erfordert, weil dieser sonst die Immobilie – gerade wegen der zwangsweise gedeckelten Rendite des Bauherrn – besonders günstig erwerben und sodann gewinnbringend für andere Zwecke verwenden könnte (so BGHZ 61, 304, 307), lässt sich nur durch eine Wertung entscheiden, die maßgeblich auf den tatsächlichen Lebenssachverhalt bezogen sein muss. Hätte der BGH

bedeutet dies, dass die Schaffung eines „Umgehungsschutzes“ im Wege der Analogie voraussetzt, dass das neue bzw. veränderte Regulierungsziel als solches im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung aus dem übergreifenden Regulierungskonzept abgeleitet werden kann.

Aus diesem Grund sind an die Schaffung neuer Regulierungsinstrumente auch keine verfassungsrechtlichen oder methodischen Anforderungen zu stellen, die über die Begründung des modifizierten oder neuen Regulierungsziels hinausreichen. Die Kompetenz der Gerichte zur Schaffung von Regulierungsinstrumenten folgt im Ergebnis aus der Maxime „ubi ius ibi remedium“. Lässt sich ein bestimmtes Regulierungsziel im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung oder gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung im Rahmen des geltenden Rechts begründen, haben die Gerichte grundsätzlich auch die Kompetenz, das Recht so anzuwenden, dass dieses Regulierungsziel effektiv erreicht werden kann. Damit geht keine Beeinträchtigung der Grundrechte des Regulierungsadressaten einher. Denn die entscheidende rechtsstaatliche Schranke greift bereits bei der Herleitung des Regulierungsziels ein,²⁸³ so dass sich die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit der Schaffung von Regulierungsinstrumenten darauf beschränkt, zu prüfen, ob das Gericht bei der Festlegung des Regulierungsziels ordnungsgemäß gehandelt hat. Da die Ableitung von Regulierungszielen stets einen hinreichenden gesetzlichen Anknüpfungspunkt benötigt, ist damit zugleich die rechtsdogmatische Verortung des neu geschaffenen Regulierungsinstruments an diesem Anknüpfungspunkt präjudiziert und die freie Rechtsfindung jenseits des Gesetzes ausgeschlossen. Wenn allerdings im Einzelfall einmal ein konkretes Regulierungsziel auf mehrere, voneinander unabhängige gesetzliche Grundlagen gestützt werden kann, darf ein so gewonnenes Regulierungsinstrument auch beim Wegfall einer dieser Grundlagen aufrechterhalten werden.²⁸⁴

Recht und müsste der Bauherr tatsächlich beim Weiterverkauf der Immobilie an einen ungebundenen Käufer einen Preisabschlag allein deshalb hinnehmen, weil er selbst der Bindung unterliegt, entfele der wirtschaftliche Anreiz zum Weiterverkauf und der Wohnraum stünde (abgesehen von den seltenen Fällen eines Verkaufs aus nicht-wirtschaftlichen Gründen) den Berechtigten zur Verfügung. Das Argument für die Erstreckung der Strafzinsen wäre daher eher schwach. Wenn sich allerdings herausstellen sollte, dass der Bauherr beim Verkauf tatsächlich den Wert der Immobilie für einen *ungebundenen* Käufer realisieren kann, kann auf einen Anreiz geschlossen werden, zunächst mit geförderten Zinsen zu bauen und dann zum „freien Marktwert“ weiterzuverkaufen. Erst ein solcher genereller Anreiz beeinträchtigt eindeutig das übergreifende Regulierungsziel, durch die Förderung günstigen Wohnraum für sozial Bedürftige zu schaffen, und kann daher die analoge Anwendung (oder erweiternde Auslegung) objektiv-teleologisch rechtfertigen.

²⁸³ Dazu zuvor S. 701 ff.

²⁸⁴ Vgl. BVerfGE 132, 99, 126–132 (zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Gesamtanalogie zu Vorschriften des einfachen Rechts, wenn die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung zur Begründung einer Rechtsfolge entfallen ist).

d. Einfügung in die bestehende Regulierungsstrategie

Schließlich gehört es zu den Aufgaben eigenständiger gerichtlicher Regulierung, die Stimmigkeit der rechtsfortbildend entwickelten Regulierungsziele und -mittel mit den vom Gesetzgeber für den betreffenden regulierten Lebensbereich eingesetzten anderweitigen Regulierungsinstrumenten sicherzustellen. Dies betrifft insbesondere die Abstimmung mit hoheitlicher Regulierung. Eigenständige privatrechtliche Regulierung durch die Gerichte muss mit weiteren Instrumenten, die auf dasselbe Regulierungsziel gerichtet sind, aber auch mit verwandten Regelungen, die im Rahmen eines übergreifenden Regulierungskonzepts ergänzende Regulierungsziele verfolgen, koordiniert werden. Damit stehen die Zivilgerichte vor der Herausforderung, eine eigenständige Regulierung in die vorhandene „Regulierungsstrategie“ einzupassen bzw. diese entsprechend fortzuentwickeln.²⁸⁵

Aus Sicht der Zivilgerichte geht es dabei regelmäßig um die Frage, ob eine bestimmte bereits existierende öffentlich-rechtliche Rechtspflicht auch auf privatrechtlichem Wege durchgesetzt werden, also etwa gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts oder gemäß § 823 Abs. 2 BGB zum Schadensersatz führen soll. Aber auch jenseits dieser Verweisungsnormen ist bei der eigenständigen Regulierung regelmäßig zu untersuchen, ob eine (zusätzliche) „Normdurchsetzung durch Privatrecht“ erforderlich ist.²⁸⁶

Ansätze zu einer solchen Abstimmung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumenten finden sich in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu §§ 134, 823 Abs. 2 BGB. Die Gerichte haben spezielle Kriterien entwickelt, um zu entscheiden, wann öffentlich-rechtliche Gesetze gerade auch privatrechtliche Wirkungen erzielen sollen. Demnach kommt es für die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB in einem ersten Schritt darauf an, ob sich das Verbot lediglich gegen einen Beteiligten oder gegen beide Parteien richtet. Im ersten Fall ist der Vertrag regelmäßig gültig,²⁸⁷ außer wenn „es mit dem Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene rechtliche Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen“.²⁸⁸ In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die Verbotsnorm lediglich eine „Ordnungsfunktion“ erfüllen soll²⁸⁹ oder sich gerade gegen die privatrechtliche Wirksamkeit des Geschäfts und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg richtet.²⁹⁰ Bei der Bestimmung der Schutzgesetzeigenschaft i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB stellt der BGH

²⁸⁵ Ausführlich zu Regulierungsstrategien und ihrer Entwicklung oben S. 516 ff.

²⁸⁶ Dieser Frage geht für das Wirtschaftsrecht die Untersuchung von *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht (2012) nach.

²⁸⁷ RGZ 60, 273, 276 f.; BGHZ 118, 142, 145; 143, 283, 287; siehe auch bereits Mot. I, S. 210.

²⁸⁸ BGHZ 46, 24, 26; 65, 368, 370; 78, 263, 265. Gemäß BGH NJW 2002, 66, 67 soll es sogar möglich sein, die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB auf eine Vollmacht zu erstrecken, wenn sich das Verbotsgesetz ausschließlich gegen den Vertreter und nicht den Vollmachtgeber richtet; krit. dazu *Hellgardt / Majer*, WM 2004, 2380, 2383 f.

²⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1968, 2286. Siehe auch BGHZ 78, 263, 266 f.

²⁹⁰ BGHZ 53, 152, 156 f.; 85, 39, 43 f.; 88, 240, 242.

in ständiger Rechtsprechung (unter anderem) darauf ab, ob die mit der Anerkennung als Schutzgesetz verbundene Haftung „im Lichte des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint“, ²⁹¹ womit auch eine Einfügung in das Gesamtrechtssystem geprüft wird. Während diese Kriterien zwar das Verhältnis von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtsdurchsetzung konkretisieren, gehen sie letztlich aber auf eine prinzipienbasierte Gesetzesauslegung zurück und fragen nicht nach den Konsequenzen für die Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse.

Für die Einfügung eines möglicherweise zu schaffenden privatrechtlichen Regulierungsinstruments in eine bestehende Regulierungsstrategie kommt es aber gerade maßgeblich darauf an, welche tatsächlichen Regulierungswirkungen, d. h. welche Auswirkungen auf das Gemeinwohlziel, von einem zusätzlichen Regulierungsinstrument zu erwarten sind. Als Anhaltspunkt kann dazu auf die Ergebnisse der Analysen über die Kombination von Regulierungsinstrumenten und die Stellung des Privatrechts im Baukasten des Gesetzgebers zurückgegriffen werden. ²⁹² Der Einsatz privatrechtlicher Regulierungsinstrumente im Wege der eigenständigen Regulierung durch Zivilgerichte ist demnach grundsätzlich dann eine sinnvolle Ergänzung oder Fortentwicklung der bestehenden Regulierungsstrategie, wenn das Privatrecht bezüglich des konkreten Regulierungsziels über komparative Vorteile verfügt. Erschöpft sich die zu erwartende Wirkung eines privatrechtlichen Regulierungsinstruments allerdings darin, die Effekte bereits bestehender öffentlich-rechtlicher Regulierungsinstrumente zu verstärken, so ist die Ergänzung häufig nicht sinnvoll, sondern birgt die Gefahr divergierender Verhaltensanforderungen für den Regulierungsadressaten. Dadurch kann es im Extremfall sogar zu einer dysfunktionalen Schwächung des Gemeinwohlziels kommen. Etwas anderes gilt aber, wenn im Bereich der öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumente Vollzugsdefizite drohen. Diese Annahme wird insbesondere dann begründet sein, wenn das Regulierungsziel darin besteht, kleinere und massenhaft auftretende Handlungen (z. B. kleinere Umweltverschmutzungen) zu unterbinden, so dass die zuständigen Behörden regelmäßig nicht in der Lage sein werden, sämtliche Verstöße zu verfolgen. Weitere Aspekte privatrechtlicher Regulierungsinstrumente, die im Einzelfall einen komparativen Vorteil begründen können, sind die Möglichkeit der Feinsteuerung (etwa durch Verkehrspflichten) und die weiterreichende grenzüberschreitende Wirksamkeit.

²⁹¹ BGHZ 66, 388, 390; 100, 13, 18 f.; 106, 204, 207; 125, 366, 374; 175, 276, 281; 176, 281, 297.

²⁹² Siehe oben S. 599 ff. und S. 629 ff.

III. Zivilprozessuale und gerichtsverfassungsrechtliche Voraussetzungen regulatorischer Privatrechtsanwendung

Nachdem die Grundsätze sowohl der Anwendung von regulatorischen Privatrechtsnormen als auch der eigenständigen Regulierung durch die Zivilgerichte entwickelt wurden, ist abschließend zu untersuchen, wie sich die daraus für die Tätigkeit der Gerichte ergebenden Anforderungen im Rahmen der geltenden zivilprozessualen und gerichtsverfassungsrechtlichen Vorschriften verwirklichen lassen. Nur wenn die Gerichte institutionell und prozessrechtlich in der Lage sind, regulatorische Rechtsanwendung zu betreiben, kann die Regulierungsfunktion des Privatrechts in der Praxis erfolgreich sein.

Als erstes ist zu untersuchen, wie sich die zuvor entwickelten Rechtsanwendungsanforderungen in das geltende Zivilverfahrensrecht einfügen (dazu unter 1.). Daran anschließend sind die institutionellen Rahmenbedingungen der Rechtsprechung, wie sie sich insbesondere aus dem Gerichtsverfassungsrecht ergeben, in den Blick zu nehmen, um zu überprüfen, ob das geltende Recht den Gerichten die erforderlichen tatsächlichen Möglichkeiten für eine regulatorische Rechtsprechung gewährt (dazu unter 2.). Nachdem diese Rahmenbedingungen untersucht wurden, sollen zwei prozessrechtliche Fragestellungen vertieft werden: zunächst die Urteilsbegründung. Dieser kommt im Rahmen der Anwendung regulatorischen Privatrechts eine zentrale Bedeutung zu, da sie – neben dem Gesetzestext – zum Mittel der Verhaltenssteuerung für zukünftige Fälle, also zum Regulierungsinstrument wird. Einer solchen Funktion kann die Begründung regulatorischer Zivilurteile nur dann gerecht werden, wenn sie besondere Anforderungen erfüllt (dazu unter 3.). Schließlich gehört es zur umfassenden regulatorischen Verantwortung der Zivilgerichte (insbesondere der Obergerichte), die tatsächlichen Folgen regulatorischer Rechtsanwendung zu beobachten und ggf. durch neue Entscheidungen korrigierend nachzusteuern (dazu unter 4.).

1. Zivilprozessuale Grundlagen regulatorischer Privatrechtsanwendung

Gerichtsverfahren, in denen regulatorisches Privatrecht zur Anwendung kommt, zeichnen sich aus zivilprozessualer Sicht dadurch aus, dass sie nicht allein die Beilegung des Streits zwischen den beteiligten Parteien bezwecken, sondern in gleichem Maße eine Regulierungsfunktion erfüllen, also im öffentlichen Interesse generelle Verhaltensnormen aufstellen, die für eine unbestimmte Anzahl künftiger Fälle gelten sollen.²⁹³ Aus der Fülle der sich für das Erkenntnisverfahren da-

²⁹³ Gegen eine solche Funktion der Rechtsprechung *Picker*, JZ 1984, 153, 155: „[Der Richterspruch] darf also nicht in erster Linie oder sogar ausschließlich die Steuerung *künftigen* Rechtsgeschehens bezwecken, und ihm ist demgemäß auch verwehrt, statt eines konkreten Konflikts gedachte künftige Lebensabläufe zum primären oder gar alleinigen Gegenstand seiner Entscheidung zu machen.“ (Hervorhebung im Original). Das kann nicht überzeugen. Die

bei stehenden Probleme²⁹⁴ soll im Folgenden die Frage vertieft werden, welchen Status die sowohl für die Anwendung regulatorischer Privatrechtsgesetze als auch für die eigenständige Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte erforderlichen zusätzlichen tatsächlichen Informationen prozessrechtlich aufweisen. Konkret geht es darum, welche Erkenntnismöglichkeiten dem Gericht insoweit zur Verfügung stehen, welche Rolle die Parteien spielen und welche Folgen es hat, wenn eine notwendige Tatsache nicht ermittelt werden kann.

a. Ermittlung von „legislative facts“ durch die Zivilgerichte

Für die Ermittlung des Rechtsinhalts gilt der Grundsatz „iura novit curia“, demzufolge es allein Sache des Richters ist, das Recht zu kennen bzw. sich die entsprechende Kenntnis zu verschaffen.²⁹⁵ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass es sich bei den anzuwendenden Rechtssätzen um „in eine sprachliche Form gebrachte Verhaltens- oder Entscheidungsregeln“²⁹⁶ handelt, deren Inhalt allein durch einen Auslegungsvorgang bestimmt werden kann,²⁹⁷ und die dann als Obersätze im Rahmen des Syllogismus der Gesetzesanwendung dienen. Eine Beweisaufnahme zur Bestimmung des Obersatzes scheidet deshalb grundsätzlich aus;²⁹⁸ vielmehr ergibt sich erst aus dem Obersatz, welche Umstände potentiell als Untersatz in Betracht kommen und deshalb von den Parteien behauptet und bewiesen werden müssen. Dieses Grundmodell stößt aber bei der regulatorischen Rechtsfortbildung und bereits bei der regulatorischen Rechtsanwendung an seine Grenzen.

Bei der regulatorischen Rechtsanwendung benötigt das Zivilgericht im Vergleich zur Ermittlung eines logischen Obersatzes nach dem eben genannten Prozedere eine Vielzahl zusätzlicher Informationen. So bedarf es etwa zur Konstruktion der „typischen Situation“ (insbesondere zur Ermittlung der geltenden sozialen bzw. sachlichen Gesetzmäßigkeiten)²⁹⁹ und zur Prognose der Anreizwirkungen der alternativ möglichen Rechtsfolgen³⁰⁰ einer Reihe tatsächlicher Informationen, die nicht durch reines Gesetzesstudium zu erlangen sind. Bei der

prozessrechtliche Zulässigkeit regulatorischer Rechtsprechung ergibt sich für die Revisionsinstanz aus dem Gesetz (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) und kann auch ansonsten nicht fraglich sein; siehe bereits oben S. 688 ff.

²⁹⁴ Einen instruktiven Überblick über die unterschiedlichen zivilprozessualen Probleme (z. B. Dispositionsbefugnis der Parteien, Prozesskosten) gibt die Abhandlung von *Hergenröder*, *Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung* (1995).

²⁹⁵ Statt aller *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 293 Rn. 4.

²⁹⁶ *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*³ (1995), S. 91.

²⁹⁷ Besonders deutlich formuliert wird diese Auffassung bei *F. Stein*, *Das private Wissen des Richters* (1893), S. 186, dem zufolge es sich bei der Auslegung um eine „reine Verstandesoperationen von gegebenen Prämissen aus und schon deshalb von jedem prozessualischen Beweise i. e. S. ausgeschlossen, lediglich Gegenstand eines dialektischen, logischen Beweises“ handle.

²⁹⁸ *Fleischer*, NJW 2012, 2087, 2091; *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 293 Rn. 4.

²⁹⁹ Siehe oben S. 654 f.

³⁰⁰ Siehe oben S. 669 ff.

eigenständigen Regulierung benötigt das Zivilgericht zusätzlich auch noch Informationen über den regulierten Lebensbereich an sich, um auf dieser Grundlage die übergreifende Regulierungsstrategie rekonstruieren und eigenständige Regulierungsziele daraus ableiten zu können,³⁰¹ und über die (kombinierte) Wirkungsweise unterschiedlicher Regulierungsinstrumente, um entscheiden zu können, ob sich eine angedachte privatrechtliche Regulierung in die bestehende Regulierungsstrategie einfügt.³⁰² Erforderlich sind also einerseits Informationen über den regulierten Lebensbereich und andererseits über die tatsächliche Wirkungsweise bestimmter Arten rechtlicher Vorgaben. Diese Informationen dienen dazu, dem Gericht eine Prognose darüber zu gestatten, wie die Regulierungsadressaten voraussichtlich auf eine bestimmte Rechtsanwendung reagieren werden,³⁰³ eine Kernaufgabe regulatorischer Rechtsanwendung.

Auch wenn es sich bei den für die Regulierung erforderlichen Informationen um solche über Tatsachen handelt,³⁰⁴ unterfallen sie nicht dem zivilprozessualen Tatsachenbegriff.³⁰⁵ Denn die Besonderheit dieser „Tatsachen“ besteht darin, dass sie sich nicht (oder nur zufällig) auf den konkreten Fall beziehen, sondern dazu dienen, das Gesetz gemäß der Regulierungsintention des Gesetzgebers anzuwenden bzw. fortzubilden. Die Tatsachen werden benötigt, um innerhalb des Syllogismus einen auf die Regulierungswirkung bezogenen Obersatz zu bilden (d.h. um das öffentliche Interessen für die typische Situation zu konkretisieren), nicht – wie die ansonsten im Zivilprozess von den Parteien beizubringenden und zu beweisenden Tatsachen – um den Sachverhalt als Grundlage des Untersatzes zu ermitteln.³⁰⁶ Dies gilt nicht nur für die Rechtsfortbildung im engeren Sinne, sondern betrifft sämtliche Konstellationen, in denen Gerichte eigene (regulatorische) Obersätze entwickeln, also etwa auch die Konkretisierung von Generalklauseln.³⁰⁷

In der Prozessrechtswissenschaft wird diese Kategorie von Tatsachen wahlweise als „Rechtsfortbildungstatsachen“,³⁰⁸ „Normtatsachen“³⁰⁹ oder „legisla-

³⁰¹ Siehe oben S. 702 ff.

³⁰² Siehe oben S. 709.

³⁰³ Siehe bereits *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 581: „[E]s geht um *Prognosen* für die Zukunft, um die Frage, wie eine geplante Regelung oder ihre Alternative sich auswirken wird, wenn sie Gesetz oder richterrechtliche Regel würde“. (Hervorhebung im Original).

³⁰⁴ Nach h.M. sind auch Prognosen über den Eintritt zukünftiger Tatsachen als Tatsachen im Sinne des Beweisrechts zu behandeln; vgl. *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 286 Rn. 46.

³⁰⁵ *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 350 f.

³⁰⁶ Zu dieser Unterscheidung grundlegend *Hopt*, JZ 1975, 341, 343–345.

³⁰⁷ *E. Schmidt*, in: FS Wassermann (1985), S. 807, 809–811; dem folgend *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 446.

³⁰⁸ Grundlegend *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 574 f.; siehe auch *Foerste*, in: Mu-sielak/Voit, ZPO¹² (2015), § 284 Rn. 3; *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 291 Rn. 20.

³⁰⁹ *E. Schmidt*, in: FS Wassermann (1985), S. 807, 811; *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 446.

tive facts“³¹⁰ bezeichnet. Während früher vielfach vertreten wurde, dass derartige Tatsachen den normalen Beweisregeln der ZPO unterfallen,³¹¹ hat sich inzwischen die Ansicht durchgesetzt, dass insoweit der Untersuchungsgrundsatz gilt.³¹² Zur Begründung wird eine Parallele oder Analogie zu § 293 ZPO oder zu § 26 BVerfGG vorgeschlagen,³¹³ teils wird auch nur gefordert, dass insoweit „eigene Regeln“ gelten müssen.³¹⁴ In der Rechtsprechung wird der zivilprozessuale Status solcher Tatsachen nur selten explizit thematisiert. Allerdings verwenden die Gerichte regelmäßig im Rahmen der Auslegung Gesetzesmaterialien, insbesondere parlamentarische Drucksachen, ohne dabei beweisrechtliche Grundsätze anzuwenden. Darüber hinaus greift die Rechtsprechung häufig auf amtliche Statistiken zurück³¹⁵ und insbesondere im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes werden Verkehrsauffassungen und dergleichen vielfach mittels (demographischer oder sonstiger) Befragungen ermittelt, deren Ergebnisse von Amts wegen als Sachverständigengutachten in den Prozess eingeführt werden.³¹⁶ Die Aussagen zur Einordnung derartiger Erkenntnisse erscheinen allerdings widersprüchlich: Einerseits spricht der BGH von „Erfahrungssätzen“, die keine Tatsachen im Sinne des Beweisrechts seien, andererseits sollen Fehler bei der Ermittlung derartiger Erfahrungssätze einen „Verfahrensfehler nach § 286 ZPO“ begründen können.³¹⁷ Das Reichsgericht vertrat dagegen den Standpunkt, dass der Richter bei

³¹⁰ *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 350 f. und passim; *Hirte*, ZJP 104 (1991), 11, 47; *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung (1975), S. 250.

³¹¹ *Hilger*, in: FS Larenz (1973), S. 109, 119; *Lerche*, NJW 1987, 2465, 2467 f. Weitere Nachweise bei *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 376–378.

³¹² *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO¹² (2015), § 284 Rn. 3; *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 401–403; *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 450; *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 291 Rn. 20; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 88; *E. Schmidt*, in: FS Wassermann (1985), S. 807, 812; *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 589 f.; a. A. *Morell*, AcP 214 (2014), 387, 394 f. (zur Bestimmung von Obliegenheiten i. S. v. § 254 Abs. 1 BGB).

³¹³ *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 378 f., 401; *Konzen*, in: FS Gaul (1997), S. 335, 348; *Oestmann*, JZ 2003, 285, 289; *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 449 f.; *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 590.

³¹⁴ *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO¹² (2015), § 284 Rn. 3; *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 291 Rn. 20.

³¹⁵ So z. B. BGH NJW 2014, 2493, 2494 f.: „Die Bundesanstalt für Straßenwesen führt seit Mitte der 1970er Jahre regelmäßig repräsentative Verkehrsbeobachtungen im gesamten Bundesgebiet durch, bei denen jährlich unter anderem das Tragen von Schutzhelmen und Schutzkleidung bei Zweiradbenutzern erfasst wird. Danach trugen im Jahr 2011 über alle Altersgruppen hinweg innerorts elf Prozent der Fahrradfahrer einen Schutzhelm (Bundesanstalt für Straßenwesen, Forschung kompakt 06/12, veröff. auf www.bast.de). Damit sei, so die seinerzeitige Beurteilung seitens der Bundesanstalt für Straßenwesen, die Helmtragequote gegenüber dem Vorjahr (neun Prozent) leicht gestiegen, sie befinde sich aber weiterhin auf niedrigem Niveau.“

³¹⁶ Beispiele bei *Hopt*, JZ 1975, 341, 344 mit Fn. 33.

³¹⁷ BGHZ 156, 250, 254. Dagegen plädiert *Oestmann*, JZ 2003, 285, 289 f. für die Anwendung von § 293 ZPO; dem folgend *Prütting*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 293 Rn. 20.

der Ermittlung des Gesetzesinhalts allein nach seinem „Feingefühle“ vorgehen dürfe,³¹⁸ und hielt etwa auch die Befragung von Abgeordneten zur Ergründung der Intentionen des Gesetzgebers für zulässig.³¹⁹

b. Folgerungen für die Regulierungstätigkeit der Zivilgerichte

Für die Behandlung von „legislative facts“ im Rahmen der regulatorischen Rechtsanwendung und der eigenständigen Regulierung durch Zivilgerichte ist der h. M. uneingeschränkt zu folgen. Die von den Zivilgerichten benötigten tatsächlichen Informationen stellen typische „legislative facts“ dar, weil sie allein dazu dienen, den Inhalt der im Urteil zu postulierenden konkreten Verhaltensnorm im Allgemeinwohlinteresse zu ermitteln. Das gilt unabhängig davon, ob diese Verhaltensnorm in Konkretisierung eines regulatorischen Privatrechtsgesetzes oder im Wege der eigenständigen Regulierung gewonnen werden soll. Regulatorische Privatrechtsanwendung, die gerade bezweckt, derartige konkrete Verhaltensnormen zu postulieren, ist darauf angewiesen, dass die Gerichte von Amts wegen die zur Bildung der Verhaltensnorm erforderlichen Informationen erheben können. Dies kann im Rahmen des Prozessrechts entweder mit der durch die h. M. präferierten weiten Auslegung oder Analogie zu § 293 ZPO gerechtfertigt oder als Bestandteil der nach dem Grundsatz „*iura novit curia*“ dem Gericht obliegenden Pflicht zur Ermittlung des geltenden Rechts angesehen werden.³²⁰

³¹⁸ RGZ 81, 276, 282: „Der Richter, der berufen ist, das Gesetz anzuwenden, ist befugt und verpflichtet, sich den zur Erkenntnis und Auslegung des Gesetzeswillens ihm erforderlich oder dienlich erscheinenden Stoff, mag er der Entstehungsgeschichte des Gesetzes oder sonstigen Umständen zu entnehmen sein, in jeder dem richterlichen Feingefühle geeignet erscheinenden Weise zu verschaffen. Er ist dabei nicht an die für das Beweisverfahren der Zivilprozessordnung gegebenen Formen und Regeln gebunden, aber auch nicht gehindert, sich ihrer zu bedienen. Er ist bei seiner Tätigkeit nicht beschränkt auf die Gesetzgebungsdrucksachen und sonstige Urkunden, sondern gegebenenfalls auch in der Lage, bestimmte Vorgänge durch Abhörung von Zeugen oder Auskunftspersonen andere Art aufzuklären und festzustellen.“

³¹⁹ Demgegenüber hat das OLG Frankfurt NZG 2012, 593, 594 sich nicht auf die Erinnerungen von Abgeordneten stützen wollen und dies wie folgt begründet: „Die von der Ast. vorgelegte Stellungnahme eines Bundestagsmitglieds zu dessen Erinnerung an das Gesetzgebungsverfahren ist in diesem Zusammenhang nicht hilfreich. Weder lässt sie erkennen, ob die Erwägungen des damaligen Berichterstatters in der ...-Fraktion überhaupt offen gelegt wurden, noch in welchem Gremium dies erfolgte und zu welchem Ergebnis es gegebenenfalls führte.“ Ähnlich *Fleischer*, NJW 2012, 2087, 2091: „Nachträglichen Äußerungen einzelner Abgeordneter ist nämlich aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung kein besonderer Erkenntniswert für die Gesetzesauslegung beizumessen.“ Beide Stellungnahmen richten sich also gegen den konkreten Erkenntniswert der Quelle, nicht aber gegen die Befugnis des Gerichts, nach eigenem Belieben die zur Bestimmung des Obersatzes erforderlichen Informationen zu beschaffen.

³²⁰ Bei der Ermittlung von „legislative facts“ gilt aber kein simpler Empirismus. Vielmehr bestehen abgestufte verfassungsrechtliche Anforderungen an die Übernahme von Erkenntnissen anderer Wissenschaften in die Rechtsanwendung; in jedem Fall ist eine eigenständige juristische Bewertung ähnlich der Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO erforderlich, die aus dem betreffenden Faktum einen juristisch relevanten Umstand macht; dazu ausführlich oben S. 411 ff.

Daraus folgt, dass die Parteien des konkreten Rechtsstreits die für die Ermittlung der Regulierungswirkung relevanten Tatsachen nicht zunächst behaupten und erst recht nicht unter Beweis stellen müssen, damit sich das Gericht damit befassen darf.³²¹ Die konkretisierende Bestimmung des Allgemeinwohls ist allein Aufgabe des Gerichts und kann nicht im Belieben der Parteien stehen. Selbstverständlich steht es den Parteien frei, dem Gericht Anregungen zu geben, und mit der h. M. ist auch eine Pflicht des Gerichts zu bejahen, gemäß § 139 Abs. 2 ZPO die Parteien über die Erhebung von „legislative facts“ zu unterrichten sowie ihnen die Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.³²² Die Pflicht zur Führung eines Rechtsgesprächs, also eines aktiven Einbezugs der Parteien in die Postulierung der regulatorischen Verhaltensnorm, folgt daraus aber nicht.³²³

Eine weitere Konsequenz besteht darin, dass die Gerichte frei sind, auf welche Art und Weise sie die „legislative facts“ ermitteln. Eine Bindung an das Beweisrecht (auch in Form des Freibeweisverfahrens) besteht nicht, weil es nicht um die Ermittlung von Tatsachen, sondern um die Klärung der Rechtslage geht.³²⁴ Deshalb kommt auch dem BGH nicht nur die Kompetenz zur revisionsrechtlichen Überprüfung der von den Instanzgerichten erhobenen „legislative facts“, sondern insbesondere auch das Recht zu, selbst solche Tatsachen zu erheben.³²⁵

In der Literatur wird diskutiert, ob bei der Nichtermittelbarkeit von „legislative facts“ eine Entscheidung nach Beweislast in Betracht kommt.³²⁶ Bei der regulatorischen Rechtsanwendung und der selbständigen Regulierung durch die Gerichte scheiden derartige Erwägungen allerdings von vornherein aus. Denn der Aufgabe, die anwendbare konkrete Verhaltensnorm zu gewinnen, kann der

³²¹ So aber *Morell*, AcP 214 (2014), 387, 404.

³²² *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 305 f.; *Konzen*, in: FS Gaul (1997), S. 335, 350 f.; *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 452.

³²³ Vgl. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 306.

³²⁴ *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 450 f.

³²⁵ Ganz h. M.; vgl. z. B. *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 443–446; *Konzen*, in: FS Gaul (1997), S. 335, 352, 356; *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 396 f.; *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 453; *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 318; *ders.*, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 291 Rn. 20; *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 592. Siehe auch *Hopt*, JZ 1975, 341, 349. Noch weitergehend hält *E. Schmidt*, in: FS Wassermann (1985), S. 807, 814 f. es für zweckmäßig, die Ermittlung von Normtatsachen ausschließlich auf Ebene des Revisionsgerichts vorzunehmen, und schlägt deshalb de lege ferenda ein Vorlageverfahren an den BGH vor. Dagegen zu Recht *Hergenröder*, aaO., S. 447. Regulierung ist eine Aufgabe, die dem Privatrecht immanent ist und die deshalb allen Instanzen obliegt.

³²⁶ *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 430 f. will insoweit zwischen der „Umbildung des Rechts“ und der „Neubildung“ differenzieren und nimmt im ersten Fall ein „volles rechtstatsächliches Beweismaß“ an; dagegen *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I (2013), S. 435, 452 f. Siehe auch *Konzen*, in: FS Gaul (1997), S. 335, 355.

Richter nicht durch eine formelle Entscheidung nach Beweislast entgehen.³²⁷ Ist der Richter etwa auf Grundlage der nach freier Entscheidung ermittelten Informationen nicht davon überzeugt, dass der Ausspruch einer bestimmten Rechtsfolge hilft, das Regulierungsziel zu erreichen (d. h. das entsprechende Allgemeinwohlziel zu verwirklichen), wird er eine andere mögliche Rechtsfolge wählen, die ihm besser geeignet erscheint. Der Sache nach geht es daher um die Frage, welche Anstrengungen der Richter unternehmen muss, um „legislative facts“ als Grundlage einer solchen Entscheidung zu ermitteln. Die Grenze lässt sich dabei nicht abstrakt ziehen, sondern ergibt sich aus dem im Justizgewährleistungsanspruch wurzelnden Recht der Parteien auf eine Entscheidung ihres Rechtsstreits in angemessener Zeit.³²⁸ Dieses Recht muss mit den Möglichkeiten und dem voraussichtlichen zeitlichen Aufwand einer weiteren Ermittlung von „legislative facts“ abgewogen werden.³²⁹ Überwiegt das Interesse der konkreten Parteien an einer Entscheidung, muss auf Grundlage der vorhandenen Informationen oder der richterlichen Lebenserfahrung entschieden werden.³³⁰ Dies stellt auch keine übermäßige Beeinträchtigung der Regulierungstätigkeit der Gerichte dar, weil diese – soweit es sich um praxisrelevante regulierte Lebensbereiche handelt – anhand zukünftiger Fälle die Gelegenheit erhalten, dann vorliegende neue Erkenntnisse in die Fortentwicklung der Regulierung einfließen zu lassen.

2. Institutionelle Voraussetzungen gerichtlicher Regulierung

Auch wenn es den Zivilgerichten also prozessrechtlich ohne weiteres möglich ist, die Regulierungsfunktion des Privatrechts voll auszuschöpfen, so stellen doch die oben entwickelten Anforderungen an die regulatorische Privatrechtsanwendung und die skizzierten zivilprozessualen Möglichkeiten sehr weitreichende praktische Anforderungen an den Richter. Vor diesem Hintergrund wird etwa ein wesentlicher Nachteil richterlicher Rechtsfortbildung im Vergleich zur Gesetzgebung darin gesehen, dass die Gerichte nur über unzureichende Informationsmöglichkeiten verfügen.³³¹ Es stellt sich daher die Frage, ob den Gerichten nach geltendem Gerichtsverfassungsrecht die hinreichenden institutionellen Voraussetzungen zur Verfügung stehen, um etwa in größerem Umfang „legislative facts“ zu ermitteln. Darüber hinaus ist zu untersuchen, wie die Gerichte – insbesondere bei grundlegenden regulatorischen Entscheidungen – sicherstellen kön-

³²⁷ Zu der verwandten Gefahr einer rein formellen Konkretisierung regulatorischer Vorgaben durch die Gerichte siehe bereits oben S. 574.

³²⁸ Ausführlich zu den Gefahren einer primär an der Regulierung ausgerichteten Rechtsprechung für die Streitbeilegungsfunktion des Zivilprozesses *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 291–294.

³²⁹ Insoweit zutreffend *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 403.

³³⁰ Dazu bereits oben S. 416.

³³¹ *J. Ipsen*, Richterrecht und Verfassung (1975), S. 149–153; *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 317; *Schönberger*, in: VVDStRL 71 (2012), S. 296, 311 f.

nen, dass sie über die Interessen der betroffenen Verkehrskreise hinreichend und zutreffend informiert sind.³³²

a. Möglichkeiten zur Nutzung unabhängigen Sachverständs

Das Gerichtsverfassungs- und das Zivilprozessrecht eröffnen den Zivilgerichten zwei Möglichkeiten, auf unabhängigen Sachverständ zur Ermittlung von „legislative facts“ zurückzugreifen. Zunächst besteht die Möglichkeit, bei Gericht wissenschaftliche Hilfskräfte zu beschäftigen, die die Richter fachkundig unterstützen. Die Zulässigkeit der Beschäftigung wissenschaftlicher Hilfskräfte ist durch die Regelung des § 193 Abs. 1 GVG ausdrücklich anerkannt, derzufolge die Hilfskräfte sogar bei der Beratung und Abstimmung zugegen sein dürfen, wenn der Vorsitzende dies gestattet. Auch wenn in der Praxis wohl vor allem die obersten Bundesgerichte von der Möglichkeit, wissenschaftliche Hilfskräfte zu beschäftigen, Gebrauch machen,³³³ ergibt sich aus § 193 Abs. 1 GVG keine derartige Beschränkung, so dass auch Oberlandesgerichte und ggf. größere Amts- und Landgerichte eigene wissenschaftliche Hilfskräfte beschäftigen können. Letztlich handelt es sich um haushaltspolitische Entscheidungen, in welchem Umfang den Gerichten entsprechende Mittel zugewiesen werden. Die Institution der wissenschaftlichen Hilfskräfte könnte bei entsprechender Personalausstattung dazu genutzt werden, den Richtern gerade auch Erkenntnisse anderer Wissenschaften zu vermitteln.³³⁴ Denn weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien³³⁵ lässt sich entnehmen, dass wissenschaftliche Hilfskräfte zwingend Juristen sein müssen. Vielmehr zeigt das Beispiel der „Wirtschaftsreferenten“ bei der Staatsanwaltschaft,³³⁶ dass es durchaus Vorbilder für den Einsatz außerjuristischer Sachverständs in der Justiz gibt.³³⁷ Es wäre vor diesem Hintergrund durchaus

³³² Teilweise wird die Notwendigkeit einer Einbeziehung der betroffenen Verkehrskreise auch mit Verweis auf demokratische Defizite des Richterrechts begründet; vgl. *Hirte*, ZZP 104 (1991), 11, 63. Solche Bedenken sind aber unbegründet; die demokratische Legitimation von Richterrecht ist nicht von einer Beteiligung gesellschaftlicher Interessengruppen an der Entscheidungsfindung abhängig, sondern beruht auf der Stellung des Gerichts im System der Gewaltenteilung; siehe oben S. 691 f.

³³³ Vgl. W. Zimmermann, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 193 GVG Rn. 5.

³³⁴ Siehe bereits den Vorschlag von *Hopt*, JZ 1975, 341, 348, einen „Pool von Sozialwissenschaftlern“ zu schaffen, der die Gerichte beraten kann. Die Begrenzung auf die Sozialwissenschaften überzeugt freilich nicht.

³³⁵ Siehe Begr. RegE, BT-Drucks. 12/6243, S. 9 f.: „Absatz 1 übernimmt den bisherigen § 193 GVG und enthält die vielfach gewünschte Klarstellung, daß auch wissenschaftliche Hilfskräfte – insbesondere an den obersten Gerichtshöfen des Bundes – an den Beratungen teilnehmen können. Die Gefahr, daß durch die Teilnahme wissenschaftlicher Hilfskräfte der Schutzzweck des § 193 GVG berührt werden könnte, wird – auch unter Berücksichtigung der bisherigen Praxis – als gering eingeschätzt.“

³³⁶ Zu diesen siehe nur *Bittmann*, wistra 2011, 47 ff.

³³⁷ Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft sind – anders als wissenschaftliche Hilfskräfte bei Gericht – gesetzlich überhaupt nicht vorgesehen. Als Rechtsgrundlage dient z.B. die Allgemeine Verfügung des Justizministeriums NRW „Die Wirtschaftsreferent/in/der

denkbar – und sehr wünschenswert –, wenn sich die Gerichte außerjuristischen Sachverstand (z.B. auf den Gebieten der Ökonomik oder auch der Ingenieurs- oder Naturwissenschaften) durch Beschäftigung entsprechender wissenschaftlicher Hilfskräfte sichern würden. Derartige Hilfskräfte müssten nicht zwingend eigene (empirische) Untersuchungen durchführen, sondern könnten die Richter insbesondere auch bei der Literaturrecherche und fachkundigen Auswertung der vorhandenen Forschungsergebnisse unterstützen.

Daneben steht den Zivilgerichten die Möglichkeit offen, im Einzelfall externe Sachverständige zur Information über „legislative facts“ heranzuziehen.³³⁸ Die ZPO begrenzt die Rolle des Sachverständigen nicht auf seine Eigenschaft als Beweismittel, sondern lässt auch den Einsatz von Sachverständigen als „Richtergehilfen“ zu.³³⁹ Dies folgt nach den obigen Ausführungen bereits daraus, dass der Richter (auch in der Revision) bei der Ermittlung von „legislative facts“ nicht an das Beweisverfahren der ZPO gebunden ist, wohl aber die Möglichkeit hat, auf alle Beweismittel zurückzugreifen.³⁴⁰ Damit kann das Gericht die ihm selbst aufgrund natürlicher Grenzen fachlichen Wissens³⁴¹ nicht zugänglichen „legislative facts“ auch durch Sachverständige erheben und sich vermitteln lassen.³⁴²

Es ist somit festzuhalten, dass das geltende Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrecht den Richter nicht nur verpflichtet, die zur sachgerechten Entscheidung insbesondere regulatorischer Privatrechtsstreitigkeiten erforderlichen „legislative facts“ zu ermitteln, sondern ihm in Form der wissenschaftlichen Hilfskräfte und des Sachverständigen auch die institutionellen Möglichkeiten an die Hand gibt, derartige Tatsachen auch dann zu erheben und zu verstehen, wenn sich diese jenseits des richterlichen Fachwissens bewegen.

Wirtschaftsreferent bei der Staatsanwaltschaft“ vom 16.08.2011 – 4100 – III. 172, JMBl. NRW, S. 262.

³³⁸ A.A. *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 317; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 87.

³³⁹ Dazu umfassend *Stamm*, ZZZ 124 (2011), 433 ff. (Sachverständige als „Richterberater“). Siehe auch *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 401; *Seiter*, in: FS Baur (1981), S. 573, 590. Aus richterlicher Sicht auch *Strohn*, ZHR 178 (2014), 115, 120. Bereits die Materialien zur ZPO sprechen davon, dass den Sachverständigen die Stellung von „Gehülfen des Richters“ zukomme, die „ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urtheil abgeben“; vgl. *Hahn* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Zivilprozessordnung, Bd. I (1880), S. 316.

³⁴⁰ Siehe oben S. 715.

³⁴¹ Dazu instruktiv aus Sicht eines BGH-Richters *Strohn*, ZHR 178 (2014), 115 ff.

³⁴² Zur Frage der Kostenfolgen bei derartigen Beweisaufnahmen ausführlich *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 451–473. Auf die Rechtsunsicherheit in diesem Bereich weist zutreffend *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 401 hin.

*b. Möglichkeiten zur Anhörung interessierter Kreise
jenseits der Prozessparteien*

Herkömmlich wird ein wesentlicher Nachteil der Regulierung durch Gerichte darin gesehen, dass die durch die regulatorische Rechtsprechung betroffenen Verkehrskreise regelmäßig nicht an dem Verfahren zur Aufstellung der Verhaltensnorm beteiligt werden.³⁴³ Diese Konsequenz ist aber nicht zwingend. So ist es etwa denkbar, dass interessierte Kreise in einem laufenden Verfahren ihre Sicht der Dinge dem Gericht im Wege so genannter „amicus curiae briefs“ mitteilen, wie dies insbesondere in den USA gängige Praxis ist³⁴⁴ und wie es die §§ 90, 90a GWB für das Bundeskartellamt und die EU Kommission in Kartellzivilprozessen auch ausdrücklich vorsehen.³⁴⁵ Inwieweit eine solche Praxis jenseits der §§ 90, 90a GWB nach geltendem Zivilprozessrecht zulässig wäre, ist umstritten.³⁴⁶ Alternativ ist es möglich, dass das Gericht aktiv die betroffenen Kreise anspricht und etwa ein Hearing veranstaltet, ähnlich den vorbereitenden Anhörungen bei einem Gesetzgebungsverfahren.³⁴⁷

Wenn man mit dem Reichsgericht³⁴⁸ davon ausgeht, dass mangels anderweitiger Regelung allein das „richterliche Feingefühl“ die Möglichkeiten zur Ermittlung von „legislative facts“ begrenzt, bestehen aus prozessrechtlicher Sicht keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, sowohl eigeninitiativ erfolgende Interventionen Dritter als auch durch das Gericht organisierte Anhörungen zuzulassen. Da es sich allein um eine Frage der Konkretisierung des anwendbaren Rechts und nicht der Rechtsanwendung selbst handelt, besteht für die Regulierungsadressaten, die selbst keine Prozessparteien sind, allerdings kein Anspruch (etwa aus Art. 103 Abs. 1 GG) darauf, vom Gericht angehört zu werden.³⁴⁹ Entscheidet

³⁴³ Siehe z.B. *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 317.

³⁴⁴ Zur Rechtslage und Praxis in den USA siehe *Hirte*, ZJP 104 (1991), 11, 14–40.

³⁴⁵ Siehe dazu *Karsten Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. II⁵ (2014), § 90 GWB Rn. 8, § 90a GWB Rn. 14–17. § 139 TKG erstreckt diese Regelung auf das Telekommunikationsrecht.

³⁴⁶ Für die Zulässigkeit de lege lata jüngst *Strohn*, ZHR 178 (2014), 115, 121, 126; zuvor bereits *Hirte*, ZJP 104 (1991), 11, 63 f. Gegen die Zulässigkeit de lege lata *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 429 (der sich auch de lege ferenda dagegen ausspricht).

³⁴⁷ Für die Zulässigkeit solcher Anhörungen *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 416; *Hirte*, ZJP 104 (1991), 11, 62 f.; *Strohn*, ZHR 178 (2014), 115, 121; für wünschenswert halten derartige Anhörungen *Hilger*, in: FS Larenz (1973), S. 109, 119; *Hopt*, JZ 1975, 341, 348. Gegen die Zulässigkeit von Anhörungen *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 320; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 87; auch rechtspolitisch kritisch *Maultzsch*, Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess (2010), S. 429.

³⁴⁸ Siehe oben Zitat S. 714, Fn. 318.

³⁴⁹ Dazu *Hergenröder*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995), S. 301 f. Ein solches Recht lässt sich auch nicht mit dem Petitionsrecht des Art. 17 GG begründen; so aber *Hirte*, ZJP 104 (1991), 11, 63. Selbstverständlich können sich interessierte Dritte, die von einem laufenden Verfahren Kenntnis erlangen, mit sachdienlichen Briefen an das Gericht wenden. Ob der Richter diese Hinweise aufnimmt, steht aber in seinem freien Ermessen.

sich das Gericht dazu, am Rechtsstreit nicht beteiligte Regulierungsadressaten einzubeziehen, muss es sicherstellen, dass es sich ein möglichst repräsentatives Bild verschafft. Ein derartiges Vorgehen erfordert also eine entsprechende Vorbereitung von Seiten des Gerichts, etwa mit Hilfe wissenschaftlicher Hilfskräfte. Ein einseitiges Vorgehen des Gerichts – etwa eines Arbeitsgerichts, welches ausschließlich Gewerkschaften und gewerkschaftsnahe Institute und Wissenschaftler zur Anhörung einlädt – kann von den Parteien des konkreten Rechtsstreits nicht mit Mitteln des Beweisrechts angegriffen werden; in Extremfällen kann ein solches Verhalten aber die Besorgnis der Befangenheit begründen.

3. Begründung regulatorischer Zivilurteile

Bei der regulatorischen Rechtsanwendung und eigenständigen Regulierung durch Gerichte kommt dem Urteilstext eine zentrale Bedeutung zu. Während sich üblicherweise die Funktion des Urteils darauf beschränkt, den Parteien eine Antwort auf die durch den Rechtsstreit aufgeworfene(n) Frage(n) zu geben,³⁵⁰ zielt regulatorische Rechtsprechung wesentlich darauf ab, das Verhalten von Regulierungsadressaten, die sich zukünftig in einer „typischen Situation“ befinden, zu beeinflussen. Die Urteilsbegründung wird dadurch selbst zu einem Medium der Regulierung, ähnlich dem Gesetz oder einem regulatorischen Verwaltungsakt, etwa einer Allgemeinverfügung. Daraus folgt, dass die Urteilsbegründung so gefasst sein muss, dass sie diesem Zweck gerecht werden kann. Prozessrechtlich lässt sich dies aus der Pflicht ableiten, die Entscheidungsgründe so zu fassen, dass ein Rechtsmittelgericht (bei Obergerichten auch das BVerfG im Rahmen der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit) in der Lage ist, die rechtlichen Ausführungen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.³⁵¹ Eine entsprechende Urteilsfassung liegt aber auch im Interesse des Gerichts, das regulatorische Rechtsanwendung betreibt, da andernfalls die durch regulatorische Rechtsanwendung *prima facie* angestrebte verhaltenssteuernde Wirkung des Urteils gefährdet wäre.

Damit ein regulatorisches Zivilurteil tatsächlich eine Regulierungswirkung entfalten kann, ist es unabdingbar, dass die „typische Situation“ – also der Tatbestand der gerichtlich konkretisierten oder gesetzten Verhaltensnorm – und die generalisierte regulatorische Rechtsfolge daraus klar erkennbar sind. Die Regulierungswirkung wird erheblich verstärkt, wenn das Urteil nicht nur in Fachzeitschriften veröffentlicht, sondern durch entsprechende Pressemitteilungen des Gerichts auch einer breiten Öffentlichkeit bzw. (je nach reguliertem Lebensbereich) der betreffenden Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht wird.³⁵²

³⁵⁰ Musielak, in: MünchKomm. ZPO⁴ (2013), § 313 Rn. 4.

³⁵¹ Vgl. Musielak, in: Musielak/Voit, ZPO¹² (2015), § 313 Rn. 11 a.E. Demgegenüber will Prütting, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln (1988), S. 305, 323 besondere Begründungspflichten der Gerichte bei rechtsfortbildenden Urteilen nur *de lege ferenda* vorsehen.

³⁵² Ausführlich zu den Mechanismen der Verhaltensbeeinflussung durch regulatorisches Recht oben S. 493 ff.

Wichtig ist zudem, dass das Gericht das verfolgte Allgemeinwohlziel, die verwendeten Prognosen und die diesen zugrunde liegenden „legislative facts“, auf denen die regulatorische Rechtsfolge beruht, offenlegt. Dies geschieht in der bisherigen Rechtsprechung nur äußerst selten.³⁵³ Eine solche weitreichende Transparenz über die durch das Gericht verfolgten Regulierungsziele, die ermittelte Tatsachengrundlage, die darauf beruhenden Prognosen und die zugrunde gelegten Prämissen (etwa über die verhaltenssteuernde Wirkung bestimmter rechtlicher Pflichten) ist aber unabdingbar, um es dem Rechtsmittelgericht zu ermöglichen, die Art und Weise der regulatorischen Rechtsanwendung nachzuvollziehen. Zudem hilft eine solche Offenlegung anderen Gerichten, die parallele Fälle zu entscheiden haben, die entsprechenden tatsächlichen Grundlagen zu übernehmen oder ggf. durch bessere Erkenntnisse zu ersetzen. Schließlich erlaubt nur eine solche Urteilsbegründung eine fundierte wissenschaftliche Auseinandersetzung mit regulatorischer Rechtsprechung.³⁵⁴ Der Dialog zwischen Gerichten und Wissenschaft über konkrete regulatorische Urteile liegt auch wesentlich im Interesse der Gerichte, da konstruktive Kritik – etwa durch Hinweis auf wissenschaftliche Erkenntnisse, die das Gericht nach der Urteilsbegründung nicht beachtet hat – dazu führen kann, zukünftige Entscheidungen zu derselben oder ähnlichen „typischen Situationen“ zu verbessern.

4. Erfolgskontrolle und Korrektur

Eine weitere Besonderheit regulatorischer Rechtsprechung gegenüber der herkömmlichen Zivilrechtsprechung besteht darin, dass den Gerichten, die regulatorische Urteile erlassen, zugleich eine Verantwortung für die Erreichung des Regulierungsziels zukommt. Regulatorische Rechtsprechung ist kein einmaliger Akt. Erlässt ein Zivilgericht ein regulatorisches Urteil und muss es einige Jahre später erneut einen vergleichbaren Fall entscheiden, so kann es sich nicht ohne weitere Begründung auf das frühere Urteil stützen, sondern muss überprüfen, ob die damals getroffenen Prognosen eingetreten sind, ob sich rechtliche oder tatsächliche Änderungen bezüglich der typischen Situation ergeben haben und ob der Gesetzgeber die relevanten Regulierungsziele möglicherweise in der Zwischenzeit modifiziert hat.³⁵⁵ Andernfalls würde das neue Urteil einen ggf. ungerechtfertigten Eingriff in die Grundrechte des konkret verurteilten Regulierungsadressaten darstellen.

Ein Beispiel für eine Erfolgskontrolle und Korrektur bietet die Rechtsprechung des BGH zum Vergütungsanspruch des vorleistenden Schwarzarbeiters. Zunächst hatte der BGH im Jahr 1990 entschieden, dass der Werkvertrag

³⁵³ Ein Beispiel ist das oben S. 713, Fn. 315 zitierte BGH-Urteil.

³⁵⁴ Zum Dialog zwischen Rechtsprechung und regulatorischer Rechtsdogmatik bereits ausführlich oben S. 403 ff.

³⁵⁵ Vgl. Rötbel, Normkonkretisierung im Privatrecht (2004), S. 90, die insoweit von einer „Pflicht zum ‚Nachfassen‘“ bzw. einer „Aktualisierungspflicht“ des Gerichts spricht.

mit dem Schwarzarbeiter zwar gemäß § 134 BGB nichtig sei, dass diesem aber ein Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Wertersatz für die geleistete Arbeit zustehe, der allerdings wegen des Fehlens vertraglicher Mängelgewährleistungsrechte gegenüber einer vertraglichen Vergütung erheblich zu mindern sei.³⁵⁶ Dabei lehnte der BGH ausdrücklich einen regulatorischen Ausschluss des Bereicherungsanspruchs gemäß § 817 S. 2 BGB ab, den er nach Treu und Glauben teleologisch reduzierte. Zur Begründung führte er an, mit dem Ausschluss vertraglicher Ansprüche sei „der vor allem ordnungspolitischen Zielsetzung des Gesetzes weitgehend Genüge getan“ und ein Bereicherungsausschluss sei „zur Durchsetzung der Ziele des Gesetzes nicht unabweislich geboten“, da „der Ausschluß vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit [...] bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung“ entfalte.³⁵⁷ Diese Prognose erwies sich in der Folgezeit als nicht haltbar; der Gesetzgeber reagierte mit einer drastischen Verschärfung öffentlich-rechtlicher Maßnahmen, ohne dass diese die gewünschte Wirkung erzielt hätten.³⁵⁸ Im Jahr 2014 befasste sich der BGH erneut mit dem Thema und änderte seine Rechtsprechung. Eine einschränkende Auslegung von § 817 S. 2 BGB komme nicht (mehr) in Frage.³⁵⁹ In der Urteilsbegründung revidierte der BGH ausdrücklich seine frühere Prognose und führte aus:

Entgegen der im Urteil vom 31. Mai 1990 (VII ZR 336/89, aaO) zum Ausdruck gekommenen Auffassung hat sich die Annahme des Senats, der Ausschluss vertraglicher Ansprüche verbunden mit der Gefahr einer Strafverfolgung und der Nachzahlung von Steuern und Sozialabgaben bei Bekanntwerden der Schwarzarbeit entfalte bereits die vom Gesetzgeber gewünschte generalpräventive Wirkung, nicht bewahrheitet. [...] Von der strikten Anwendung des § 817 Satz 2 BGB kann daher nach Treu und Glauben nicht mit dem Argument abgesehen werden, dass die vom Gesetzgeber angestrebte generalpräventive Wirkung auch erreicht werde, wenn dem Schwarzarbeiter ein wenn auch gegebenenfalls geminderter bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz eingeräumt werde.³⁶⁰

Dieses Urteil zeigt, dass eine Erfolgskontrolle und ggf. Korrektur der Rechtsprechung nicht nur erforderlich ist, wenn eine regulatorische Rechtsfolge ausgesprochen wird, sondern ebenso sehr, wenn das Gericht darauf verzichtet hat. Die Zivilgerichte können der Regulierungsfunktion des Privatrechts auch insoweit nicht entinnen.

Eine Überprüfung der Regulierungswirkung und ggf. eine Kontrolle erfordert, dass das Gericht erneut untersucht, wie das Regulierungsziel für die typische Situation zu konkretisieren ist, welche tatsächlichen Folgen für die Er-

³⁵⁶ BGHZ 111, 308, 311–314.

³⁵⁷ BGHZ 111, 308, 313.

³⁵⁸ Ausführliche Darstellung der Entwicklung und Kritik der Rechtsprechung bei *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 442–445.

³⁵⁹ BGHZ 201, 1, 7–9. Bestätigt durch BGH NJW 2015, 2406 f.

³⁶⁰ BGHZ 201, 1, 8.

reichung des Regulierungsziels bei Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung zu erwarten sind, und diese damit kontrastiert, welche voraussichtlichen Auswirkungen eine Rechtsprechungsänderung auf die Zielerreichung haben würde.³⁶¹ Bei der Prognose der Folgen einer möglichen Rechtsprechungsänderung müssen realistische Annahmen zugrunde gelegt werden. Insbesondere dürfen tatsächliche Erkenntnisse, die unter Geltung der bisherigen Rechtsprechung gewonnen wurden, nicht ohne weiteres für die Beurteilung einer abweichenden Rechtslage zugrunde gelegt werden.³⁶² Auch der Umstand, dass unter Geltung der bisherigen Rechtsprechung das Regulierungsziel nur teilweise erreicht wird, spricht nicht per se für eine Aufgabe dieses Ansatzes. Dies gilt insbesondere, wenn keine alternativen Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen. Allerdings muss auch in solchen Fällen untersucht werden, welche Nebenwirkungen aufgrund der bisherigen Rechtsprechung eintreten und ob es insbesondere zu unerwünschten Kostenbelastungen gekommen ist, die sich angesichts des mäßigen Erfolgs (ggf. auch verfassungsrechtlich) nicht mehr rechtfertigen lassen. Daher kann es in Extremfällen auch geboten sein, eine erfolglose gerichtliche Regulierung ersatzlos aufzugeben.

Die Überprüfung, ob sich die frühere Prognose bewahrheitet hat, und ob es zu tatsächlichen oder rechtlichen Änderungen gekommen ist, die für die Erreichung des Regulierungsziels relevant sind, erfordert erneut eine umfassende Ermittlung und Auswertung von „legislative facts“. Auch insoweit stehen den Gerichten die zuvor³⁶³ skizzierten weitreichenden Möglichkeiten des Zivilprozess- und Gerichtsverfassungsrechts zur Verfügung.

³⁶¹ Zu diesem Vorgehen bereits ausführlich oben S. 669 ff. und S. 671.

³⁶² Dazu bereits ausführlich oben S. 669, Fn. 98.

³⁶³ Siehe oben S. 710 ff. und S. 716 ff.

Schluss

§ 13 Brauchen wir ein übergreifendes Regulierungsrecht?

Die vorstehende Untersuchung hat nicht nur gezeigt, dass Regulierung im Privatrecht eine zentrale Rolle spielt und dies erhebliche Konsequenzen für Rechtswissenschaft und Praxis hat, sondern dabei auch hervorgehoben, dass der verhaltenssteuernde Einsatz von Recht im Interesse des Allgemeinwohls ein rechtsgebietsübergreifendes Phänomen ist. Regulierung ist eine Funktion des Rechts an sich, nicht eines bestimmten Teilrechtsgebiets. Zum Abschluss soll daher kurz auf mögliche Implikationen, die die Ergebnisse dieser Studie jenseits des Privatrechts haben, eingegangen werden. Konkret stellt sich die Frage, ob wir ein „übergreifendes Regulierungsrecht“ brauchen.

Nach den Ergebnissen der Untersuchung steht jedenfalls fest, dass ein „übergreifendes Regulierungsrecht“ nicht als ein neues, die Teilrechtsordnungen übergreifendes Rechtsgebiet verstanden werden kann. Denn Regulierung im Sinne dieser Studie lässt sich nicht als Rechtsgebiet erfassen, etwa wie das teilweise als „Regulierungsrecht“ betitelte Aufsichtsrecht über Sektoren der öffentlichen Daseinsvorsorge.¹ Die Regulierungsfunktion des Rechts, wie sie hier entwickelt wurde, ist vielmehr ubiquitär; sie tritt in allen Rechtsgebieten auf und lässt sich deshalb nicht einzelnen Regelungsmaterien zuordnen. Ein Rechtsgebiet namens „Regulierungsrecht“ würde die gesamte Rechtsordnung umfassen.

Regulierungsrecht als übergreifendes Konzept kann deshalb nur einen methodischen Ansatz bedeuten. Ein Teilaspekt stellt insoweit die rein *rechtswissenschaftliche* Methodik mit einem Fokus auf die Folgenorientierung dar, deren Elemente oben skizziert wurden,² und die als solche nicht privatrechtsspezifisch ist. Noch wichtiger ist es jedoch, dass die Regulierungsperspektive als Verbindung prinzipienbasierter und folgenorientierter Sichtweisen in der Methodik *der praktischen Rechtsanwendung*, also letztlich in der Rechtsdogmatik, ihren Widerhall findet. Soll Regulierung in die Rechtsdogmatik Einzug halten – und es wäre kein Missverständnis, diese Studie als ein Plädoyer dafür aufzufassen –, so ist es erforderlich, die herkömmliche Rechtsdogmatik um eine neue Kategorie zu erweitern: um das Konzept der Rechtsfunktionen. In der Konsequenz einer solchen Erweiterung müssen eigene Teildogmatiken für regulatorisches, interessenausgleichen-

¹ Dazu oben S. 43 f.

² Siehe oben S. 438 ff.

des, infrastrukturelles usw. Recht entwickeln werden – nicht nur im Privatrecht, sondern auch im Öffentlichen Recht und (mit Einschränkungen) im Strafrecht.³

Die Grundzüge einer regulatorischen Rechtsdogmatik wurden bereits im Rahmen dieser Arbeit entwickelt.⁴ Diese Rechtsanwendungsmethodik lässt sich ohne weiteres auf die anderen Teilrechtsordnungen übertragen, insbesondere auf das Verwaltungsrecht, das viele regulatorische Elemente enthält. Insoweit kann die regulatorische Rechtsdogmatik die Erkenntnisse der „Neuen Verwaltungswissenschaft“ komplementieren, die sich schon seit einiger Zeit dem Projekt widmet, die Verwaltungsrechtswissenschaft zu einer „rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“ weiterzuentwickeln.⁵ Eine sinnvolle Ergänzung bringt die regulatorische Rechtsdogmatik gerade im Bereich der „anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft“, von der aus das Unternehmen der Neuen Verwaltungswissenschaft seinen Ausgang nahm.⁶ Regulatorische Rechtsdogmatik zeigt nämlich auf, wie sich die aus einer *externen* Perspektive auf das Recht als staatliches Steuerungsinstrument gewonnenen Erkenntnisse rechtssystemintern für die praktische Rechtsanwendung fruchtbar machen lassen.⁷ Soweit ersichtlich, hat die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft bislang vor allem für bestimmte „Referenzgebiet“ konkrete rechtsanwendungsbezogene Früchte getragen. Dies gilt namentlich für das Umweltrecht, welches das Hauptreferenzgebiet für eine Vielzahl an steuerungstheoretischen Abhandlungen im Verwaltungsrecht darstellt und durch eine ebensolche Vielfalt an innovativen staatlichen, privaten und gemischt-staatlich-privaten Handlungsformen geprägt ist.⁸ Demgegenüber enthält die regulatorische Rechtsdogmatik Ansätze zu einer veränderten Rechtsanwendung, die grundsätzlich auf regulatorische Normen in allen Rechtsgebieten passt, etwa auch im Bereich des klassischen hoheitlichen „Ordnungsrechts“. Regulatorische Rechtsdogmatik hilft dabei, teil-

³ Im Strafrecht bedeutet die Regulierungsperspektive eine besondere Betonung der generalpräventiven Funktion von Strafnormen. Aus regulatorischer Sicht erfüllt eine Strafnorm dann ihren Zweck, wenn die entsprechenden Straftaten unterbleiben. Demgegenüber spielen Sühnelemente, Spezialprävention und Resozialisierung ggf. als spezifische Regulierungsziele, nicht aber konzeptionell eine Rolle. Dass diese Aspekte unbestritten Teil des Strafrechts sind, zeigt, dass auch das Strafrecht nicht vollständig in der Regulierungsfunktion aufgeht, sondern daneben weitere – möglicherweise auch strafrechtsspezifische – Funktionen erfüllt.

⁴ Siehe insbesondere S. 403 ff. sowie S. 646 ff.

⁵ Dazu oben S. 45 ff.

⁶ Vgl. *Voßkuhle*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 1 Rn. 15.

⁷ Demgegenüber meint C. Möllers, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I² (2012), § 3 Rn. 21 f., die deutsche Rechtswissenschaft zeichne sich ohnehin durch ein anwendungsbezogenes Methodenverständnis aus. Das trifft zu, soweit damit die Dominanz der Rechtsdogmatik bezeichnet wird. Rechtsdogmatik wird aber traditionell – auch im Verwaltungsrecht – prinzipienbasiert und nicht folgenorientiert betrieben.

⁸ Für einen Gesamtüberblick siehe *Kloepfer*, Umweltrecht³ (2004). Als (Haupt-)Referenzgebiet für steuerungstheoretische Untersuchungen dient das Umweltrecht etwa *Fehling*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 38; *Michael*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 41; *Sacksofsky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II² (2012), § 40.

rechtsspezifische Erkenntnisse zu verallgemeinern und auch in anderen Regulierungszusammenhängen fruchtbar zu machen.

Eine wichtige Anpassung, welche die Übertragung der regulatorischen Rechtsdogmatik auf das Verwaltungsrecht erfordert, besteht allerdings darin, die im privatrechtlichen Kontext allein für die gerichtliche Rechtsanwendung entwickelten Vorgehensweisen⁹ auf das exekutive Handeln zu übertragen. So bestehen etwa im Bereich der Rechtsfortbildung für die Exekutive ganz andere Schranken als für die (Zivil-)Rechtsprechung.¹⁰ Allerdings steht der Verwaltung in Form des behördlichen Ermessens ein Instrument zur Verfügung, das in besonderem Maße für eine einzelfallbezogene Regulierung geeignet erscheint und es der Behörde ermöglicht, weitreichende Folgenerwägungen anzustellen.¹¹

Die Diskussion über die Regulierungsfunktion des Rechts steckt also nicht nur im Privatrecht noch in den Anfängen; auch hinsichtlich der übergreifenden Konsequenzen besteht noch weiterer Forschungsbedarf. Um langfristig wirksame Erträge zu erzielen, ist es entscheidend, dass es nicht bei einer rein akademischen Debatte bleibt, sondern sich die Akteure der Rechtspraxis – im Privatrecht insbesondere die Zivilgerichte – für das Thema öffnen. Dazu können die methodischen Ansätze der regulatorischen Rechtsdogmatik, wie sie vorstehend skizziert wurde, fruchtbar gemacht werden. Solche Urteile und auch entsprechende Verwaltungsentscheidungen können dann wiederum die wissenschaftliche Diskussion beflügeln, so dass im bewährten Zusammenspiel von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft die Regulierungsfunktion in vollem Umfang wirksam werden kann.

Für die Wissenschaft führt der Weg zu einer solchen methodischen Befruchtung der Praxis in wesentlicher Hinsicht auch über die akademische Ausbildung. Nur wenn es gelingt, in den juristischen Unterricht Alternativen zur prinzipienbasierten Sichtweise einfließen und damit das Privatrecht (und das Recht im Allgemeinen) in seinem vollen Umfang sichtbar werden zu lassen, entsteht auch die Bereitschaft neuer Juristengenerationen, sich dem Zusammenspiel von Regulierung und Privatrecht, dem Verhältnis von allgemeinwohlbezogener Verhaltenssteuerung und Recht, auch in ihrer späteren praktischen Tätigkeit zu widmen.

⁹ Siehe dazu S. 647 ff. und S. 673 ff.

¹⁰ Dazu auch oben S. 683 f.

¹¹ Kritisch zum Regulierungsermessen unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten aber R. Schmidt, in: Gehlen/Schorkopf (Hrsg.), Demokratie und Wirtschaft (2013), S. 19, 25 f.

§ 14 Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse

I. Erster Teil: Privatrecht als Regulierungsrecht

1. Regulierung als Schlüsselbegriff

a) Der Ausdruck „Regulierung“ stammt ursprünglich aus den Sozialwissenschaften und lässt sich etwa in der Politikwissenschaft, der Soziologie und den Wirtschaftswissenschaften nachweisen.¹ Über das US-amerikanische Recht, welches im Bereich der Daseinsvorsorge ökonomische Regulierungskonzepte rezipiert,² hat der Begriff auch in das deutsche Öffentliche Recht Einzug gehalten, wo er namensgebend für das Privatisierungsfolgenrecht wirkt („Regulierungsrecht“).³ Wissenschaftlich wurde der Regulierungsbegriff etwa von der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ aufgegriffen.⁴

b) Diesem rechtsdogmatischen Regulierungsbegriff setzt die Studie einen rechtstheoretischen Ansatz entgegen, der Regulierung als eine (die Rechtsgebietsabgrenzungen übersteigende) *Funktion des Rechts* versteht.⁵ Demnach bezeichnet „Regulierung“ den Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsintention, die auf die Implementierung politischer Allgemeinwohlziele gerichtet ist.⁶ Die Regulierungsfunktion ist abzugrenzen von anderen Funktionen des Rechts, insbesondere der Infrastrukturfunktion und der Interessenausgleichsfunktion, die traditionell als wichtigste Funktion des Privatrechts gilt.⁷

c) Regulierung im Privatrecht stellt einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie dar.⁸ In solchen Bereichen, in denen die Rechtsordnung die freie Willensbestimmung anerkennt, scheidet eine Regulierung aus;⁹ auch die Einräumung von Privatautonomie ist als solche kein regulatorischer Akt.¹⁰ Allerdings besteht das Privatrecht zu einem wesentlichen

¹ § 2 I.1.a. (S. 17 ff., Politikwissenschaft), b. (S. 23 ff., Soziologie) und c. (S. 32 ff., Ökonomie).

² § 2 I.2. (S. 38 ff.).

³ § 2 I.3.a. (S. 41 ff.).

⁴ § 2 I.3.b. (S. 45 ff.).

⁵ § 2 II.1. (S. 48 ff.).

⁶ § 2 II.2. (S. 50 ff.).

⁷ § 2 II.3. (S. 55 ff.); insbesondere § 2 II.3.b. (S. 59 ff. zur Interessenausgleichsfunktion).

⁸ § 2 III.1.a. (S. 66 ff.).

⁹ § 2 III.1.b. (S. 68 ff.).

¹⁰ § 2 III.1.c. (S. 71 ff.).

Teil aus zwingenden Normen.¹¹ Bezwecken diese nicht den Schutz einer Partei im Rahmen eines Interessenausgleichs, sondern verfolgen ein Allgemeinwohlziel (wobei der Schutz einer Partei durchaus als *Mittel* zu diesem Zweck dienen kann),¹² handelt es sich um Regulierung. Auch dispositives Privatrecht kann als Regulierungsinstrument eingesetzt werden, wenn sich der Gesetzgeber den Dispositionsmechanismus zunutze macht¹³ oder eine AGB-Kontrolle am Maßstab des dispositiven Rechts zur Förderung von Allgemeinwohlzielen vorsieht.¹⁴

2. Regulierungsfunktion des Bürgerlichen Rechts

Anhand der Referenzgebiete Kaufrecht und Sachenrecht wird demonstriert, dass selbst Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts nicht ausschließlich dem Interessenausgleich dienen, sondern eine Regulierungsfunktion erfüllen.

a) Im kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht verfolgt der Gesetzgeber etwa mit dem Vorrang der Nacherfüllung explizit volkswirtschaftliche Allgemeinwohlziele.¹⁵ Auch die Generalprävention betrügerischen Verhaltens mit kaufrechtlichen Mitteln der Arglisthaftung geht über den reinen Interessenausgleich hinaus.¹⁶ Der europäische Gesetzgeber verfolgt mit dem Verbrauchsgüterkaufrecht das Allgemeinwohlziel, den Wettbewerb um Verbrauchergeschäfte im Binnenmarkt zu fördern, was sich etwa in den Urteilen zum Ausschluss der Nutzungsentschädigung bei Ersatzlieferung¹⁷ und zur Ersatzfähigkeit der Ausbau- und Einbaukosten bei Nachlieferung¹⁸ niederschlägt. Darüber hinaus setzen die Gerichte das Kaufrecht zur Regulierung von Teilmärkten ein, indem sie etwa Grundregeln für Internetauktionen aufstellen¹⁹ oder kaufrechtliche Fallgruppen bilden, die die Markttransparenz im Kraftfahrzeughandel erhöhen sollen.²⁰

b) Im Sachenrecht dient insbesondere die Schaffung eines ungeteilten Eigentums dem regulatorischen Ziel, eine dingliche Perpetuierung gesellschaftlicher Unterschiede, wie sie für die mittelalterliche Feudal- und Ständegesellschaft prägend war, zu verhindern.²¹ Daneben verfolgt der Gesetzgeber im Sachenrecht das Ziel, im volkswirtschaftlichen Interesse die Umlauffähigkeit von Wirtschaftsgütern zu sichern.²²

¹¹ Siehe § 2 III.2.a. (S. 73 ff., zum Unterschied zwischen rechtlich und faktisch zwingenden Privatrechtsnormen).

¹² § 2 III.2.c.bb. (S. 81 ff.).

¹³ § 2 III.3.b. (S. 87 ff.).

¹⁴ § 2 III.3.c. (S. 92 ff.).

¹⁵ § 3 I.1.a. (S. 100 ff.).

¹⁶ § 3 I.1.b. (S. 104 ff.).

¹⁷ § 3 I.1.c. (S. 108 ff.).

¹⁸ § 3 I.1.d. (S. 111 ff.).

¹⁹ § 3 I.2.a. (S. 114 ff.).

²⁰ § 3 I.2.b. (S. 116 ff.).

²¹ § 3 II.1. (S. 121 ff.).

²² § 3 II.2. (S. 136 ff.).

3. Weitere regulatorische Elemente im deutschen Privatrecht

Anhand einer Vielzahl von Beispielen aus allen fünf Büchern des BGB²³ sowie aus den wichtigsten Bereichen des Sonderprivatrechts (Handelsrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Versicherungsrecht, Kapitalmarktrecht, Recht des geistigen Eigentums)²⁴ wird gezeigt, dass Regulierung nicht eine Besonderheit einzelner Rechtsgebiete ist, sondern in *jedem* durch das Privatrecht berührten Lebensbereich vorkommt.

II. Zweiter Teil: Unions- und verfassungsrechtlicher Rahmen

1. Unionsrechtliche Voraussetzungen der Regulierung mittels Privatrecht

a) Das Unionsrecht ist als solches auf die Erreichung bestimmter Integrationsziele ausgerichtet. Viele Regelungen, die im nationalen Kontext eine reine Interessenausgleichsfunktion erfüllen würden, werden auf unionsrechtlicher Ebene zur Verfolgung von Integrationszielen im öffentlichen Interesse eingesetzt (z. B. das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht, das Verbraucher mit dem Ziel der Stärkung des Binnenmarkts dazu ermutigen soll, grenzüberschreitend einzukaufen) und sind daher „regulatorisch“.²⁵ Aufgrund dieser Integrationsorientierung kommt effektiver Rechtsdurchsetzung ein unionsrechtlicher Eigenwert zu. Das Prinzip der dezentralen Rechtsdurchsetzung durch die Mitgliedstaaten („Rechtsdurchsetzungsautonomie“)²⁶ wird deshalb begrenzt durch eine umfassende Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchsetzung der Unionsrechtsordnung.²⁷ Um die Befolgung dieser Pflicht zu effektuieren, ermächtigt der EuGH Einzelne zur Durchsetzung des Unionsrechts, indem diesen in weit größerem Umfang als nach den Schutznorm- und Schutzgesetztheorien des deutschen Rechts „individuelle Rechte“ eingeräumt werden.²⁸ Es ist aber wiederum Ausfluss der mitgliedstaatlichen Rechtsdurchsetzungsautonomie, dass jeder Mitgliedstaat grundsätzlich selbst entscheidet, ob er diese regulatorischen individuellen Rechte öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich in seine nationale Rechtsordnung umsetzt.²⁹

b) Eine *Pflicht* zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts ergibt sich aus dem Unionsrecht aber dann, wenn Verordnungen direkt anwendbare regulato-

²³ § 4 I.1. (S. 155 ff., Allgemeiner Teil), 2. (S. 157 ff., Schuldrecht), 3. (S. 161 ff., Sachenrecht), 4. (S. 161 ff., Familienrecht) und 5. (S. 164, Erbrecht).

²⁴ § 4 II.1. (S. 165, Handelsrecht), 2. (S. 165 f., Arbeitsrecht), 3. (S. 166 ff., Gesellschaftsrecht), 4. (S. 168 f., Wettbewerbsrecht), 5. (S. 169 f., Versicherungsrecht), 6. (S. 170 f., Kapitalmarktrecht), 7. (S. 171, Recht des geistigen Eigentums).

²⁵ § 5 I.4. (S. 188 f.).

²⁶ § 5 I.1. (S. 178 ff.).

²⁷ § 5 I.2. (S. 180 ff.).

²⁸ § 5 I.3. (S. 184 ff.).

²⁹ § 5 I.4. (S. 187 ff.).

rische Privatrechtsansprüche enthalten³⁰ oder Richtlinien die Vorgabe machen, dass bestimmte regulatorische Rechtspositionen mit privatrechtlichen Mitteln in das nationale Recht umzusetzen sind.³¹ Darüber hinaus kann sich eine unionsrechtliche Pflicht zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts dann ergeben, wenn ein Mitgliedstaat sich im Rahmen seiner Rechtsdurchsetzungsautonomie *dagegen* entscheidet, ein individuelles Recht öffentlich-rechtlich durchzusetzen, etwa indem Ansprüche Einzelner auf behördliches Einschreiten gesetzlich ausgeschlossen werden. Auch aus dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot kann sich die Pflicht zum regulatorischen Einsatz des Privatrechts ergeben. Insbesondere im Kartellrecht hat der EuGH mit dem Effektivitätsgebot die Pflicht begründet, Schadensersatzansprüche der geschädigten Einzelnen vorzusehen.³²

c) In vielen Urteilen hat der EuGH aus dem Effektivitäts- und Äquivalenzgebot Anforderungen an die konkrete Ausgestaltung von regulatorischen Privatrechtsansprüchen abgeleitet.³³

d) Die Grundfreiheiten, an denen das gesamte regulatorische Privatrecht (einschließlich dispositiver Regelungen) zu messen ist,³⁴ untersagen den Einsatz nationalen Privatrechts zum Zwecke der Diskriminierung im Binnenmarkt.³⁵ Eine rechtfertigungsbedürftige Marktzugangsbeschränkung stellen solche Normen des nationalen regulatorischen Privatrechts dar, die Verträge über bestimmte Gegenstände gänzlich verbieten, die Wirksamkeit von einer staatlichen Genehmigung abhängig machen oder dazu führen, dass der Anspruch auf die Leistung oder Gegenleistung nicht gerichtlich durchsetzbar ist.³⁶ Eine Pflicht zur Anerkennung des regulatorischen Privatrechts anderer Mitgliedstaaten folgt aus den Grundfreiheiten nicht.³⁷ Soweit den Grundfreiheiten eine unmittelbare Drittwirkung zukommt, handelt es sich um einen Fall regulatorischen Privatrechts im Rang europäischen Primärrechts.³⁸

2. Staatsrechtliche Zulässigkeit der Regulierung mittels Privatrecht

a) Staatsrechtlich ist es nicht verboten, dass sich der Staat der Mittel des Privatrechts bedient, um damit Allgemeinwohlziele zu verfolgen. Aus den Gesetzgebungskompetenzen des Grundgesetzes lässt sich ein staatsrechtlicher Privatrechtsbegriff ableiten, demzufolge „Privatrecht“ das Recht der Individualverhältnisse zwischen gleichgeordneten Privaten (und ggf. dem fiskalisch handelnden Staat) ist.

³⁰ § 5 II.1. (S. 190).

³¹ § 5 II.2. (S. 190 ff.).

³² § 5 II.3.b. (S. 196 ff.).

³³ Allgemein § 5 II.4. (S. 198 ff.) sowie ausführlich zu den Anforderungen an Schadensersatzansprüche: § 5 III. (S. 200 ff.).

³⁴ § 5 IV.1. (S. 208 ff.).

³⁵ § 5 IV.2. (S. 212 f.).

³⁶ § 5 IV.3.a. (S. 215 ff.).

³⁷ § 5 IV.3.b. (S. 217 ff.).

³⁸ § 5 IV.4. (S. 219 ff.).

Regelungsinhalte oder Regelungsziele werden damit nicht determiniert.³⁹ Auch aus dem grundlegenden Prinzip der Trennung von Staat und Gesellschaft folgt kein Verbot regulatorischen Privatrechts. Zwar ist der Staat verpflichtet, den Bürgern die rechtlichen Möglichkeiten an die Hand zu geben, grundrechtlich geschaffene Freiräume privatrechtlich auszufüllen. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Staat nicht auch mit privatrechtlichen Mitteln in die *jenseits* des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung liegenden Freiräume eingreifen dürfte, wenn er damit auf verhältnismäßige Weise Allgemeinwohlziele verfolgt.⁴⁰

b) Regulatorisches Privatrecht ist überdies ein zulässiges Mittel zur Erfüllung von Staatsaufgaben bzw. zur Wahrnehmung von staatlicher Verantwortung. Die in der öffentlich-rechtlichen Diskussion zu beobachtende Verengung der Modi staatlicher Aufgabenwahrnehmung auf das Handeln der Verwaltung hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand.⁴¹ Der Gemeinwohlbegriff als gemeinsamer Kern sowohl der „öffentlichen Aufgabe“ als auch der „Staatsaufgabe“ wird in einem freiheitlich-demokratischen Staatswesen ganz überwiegend offen definiert, d. h. prozessual konkretisiert.⁴² Damit ist es innerhalb des Staates vorrangig Sache der Legislative, sowohl die Gemeinwohlbelange zu definieren als auch die Mittel zu ihrer Erfüllung festzulegen. Die privatrechtliche Aufgabenerfüllung (d. h. der regulatorische Einsatz des Privatrechts) ist ein dem hoheitlichen Handeln gleichwertiger Modus, mit dem der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung nachkommen kann.⁴³

c) Die grundgesetzliche Kompetenzordnung erlaubt allerdings keinen Einsatz von (Bundes-)Privatrecht im alleinigen Allgemeinwohlinteresse, d. h. ohne Bezug zum Schutz subjektiver Rechte. Die Verbandsklage nach dem UKlaG wird diesen Anforderungen noch gerecht, weil den Verbänden ausdrücklich auch ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch zusteht.⁴⁴ Besondere Rechtfertigungserfordernisse für die „Indienstnahme von Privaten“ durch regulatorisches Privatrecht, etwa in Anlehnung an die BVerfG-Rechtsprechung zu Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion, bestehen nicht. Es gelten die allgemeinen grundrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen; spezifische verfassungsrechtliche Vorgaben für bestimmte Teilrechtsgebiete lassen sich nicht auf wirkungsäquivalente Rechtsinstitute anderer Teilrechtsordnungen übertragen.⁴⁵ Auch der Folgerichtigkeitsgrundsatz stellt keine über die grundrechtlichen Rechtfertigungserfordernisse hinausreichenden Anforderungen an die Verfolgung „systemfremder“ Allgemeinwohlziele mittel regulatorischen Privatrechts.⁴⁶ Wird regulatorisches

³⁹ § 6 I.1. (S. 224 ff.).

⁴⁰ § 6 I.2. (S. 228 ff.).

⁴¹ § 6 II.2. (S. 237 ff.).

⁴² Exkurs: Zum Begriff des Gemeinwohls unter § 6 II.2. (S. 239 ff.).

⁴³ § 6 II.3. (S. 246 ff.).

⁴⁴ § 6 III.1. (S. 250 ff.).

⁴⁵ § 6 III.2. (S. 252 ff.).

⁴⁶ § 6 III.3.a. (S. 257 ff.).

Privatrecht eingesetzt mit dem Ziel, Steuerungswirkung in solchen Bereichen zu entfalten, in denen dem Landesgesetzgeber eine Gesetzgebungskompetenz zusteht, verlangt das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, dass dem Steuerungsadressaten durch das regulatorische Privatrecht keine Pflichten auferlegt oder Anreize gesetzt werden, die den nach Landesrecht bestehenden Pflichten oder Anreizen zuwiderlaufen.⁴⁷

3. Grundrechtliche Anforderungen an Regulierung mittels Privatrecht

a) Bei der Regulierungsfunktion des Privatrechts – d. h. dem Einsatz von Privatrecht als Mittel, um Allgemeinwohlziele jenseits der Interessen der Parteien zu verfolgen – stößt der vorherrschende Ansatz zur Wirkung der Grundrechte im Privatrecht, der die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte mit grundrechtlichen Schutzpflichten verknüpft,⁴⁸ an seine Grenzen. Es wird stattdessen vorgeschlagen, zu unterscheiden zwischen dem privatrechtlichen Interessenausgleich als dreipoligem Grundrechtsverhältnis einerseits, für den spezifische verfassungsrechtliche Ausgestaltungsanforderungen jenseits der herkömmlichen Eingriffsdogmatik gelten, und dem Einsatz von regulatorischem Privatrecht im Rahmen eines zweipoligen Grundrechtsverhältnisses andererseits, mittels dessen der Staat in Grundrechte eingreift, um ein Gemeinwohlziel zu erreichen.⁴⁹

b) Wenn im regulatorischen Privatrecht subjektive Rechte als Mittel zur Verfolgung eines Allgemeinwohlziels eingesetzt werden, handelt es sich nicht um eine Menschenwürdeverletzung im Sinne der „Objektformel“. Durch die Einräumung subjektiver Rechte im öffentlichen Interesse werden keine elementaren Persönlichkeitsbereiche des derart *Berechtigten* kommerzialisiert.⁵⁰ Stattdessen stellt regulatorisches Privatrecht einen Eingriff in die Grundrechte des Regulierungsadressaten dar; je nach Zielrichtung der Regulierung ist der Schutzbereich der Privatautonomie,⁵¹ zumeist aber der sonstiger Freiheitsgrundrechte eröffnet.⁵² Gleichheitsrechten kommt dagegen für die Begrenzung regulatorischen Privatrechts nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Sie verlangen lediglich einen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung aus regulatorischen Gründen, der sich nach der „neuen Formel“ in der Rechtfertigung des Eingriffs in das betroffene Freiheitsgrundrecht erschöpft.⁵³ Die Justizgrundrechte spielen ebenfalls keine Rolle, weil ihr Anwendungsbereich durch regulatorisches Privatrecht grundsätzlich nicht berührt wird.⁵⁴

⁴⁷ § 6 III.3.b. (S. 262 ff.).

⁴⁸ Darstellung und Diskussion bei § 7 I.1. (S. 266 ff.).

⁴⁹ § 7 I.2. (S. 277 ff.); siehe dabei insbesondere § 7 I.2.b. (S. 282 ff., Exkurs zu den grundrechtlichen Anforderungen an die Interessenausgleichsfunktion des Privatrechts).

⁵⁰ § 7 II.1.a. (S. 289 ff.).

⁵¹ § 7 II.1.b. (S. 291 ff.).

⁵² § 7 II.1.c. (S. 294 ff.).

⁵³ § 7 II.1.d. (S. 296 ff.).

⁵⁴ § 7 II.1.e. (S. 298 ff.).

Grundrechtsdogmatisch stellt Regulierung mittels Privatrecht ein Problem der Schranken-Schranken, speziell der Verhältnismäßigkeit, dar. Es kommt daher darauf an, ob die Norm ein legitimes Gemeinwohlziel mit einem geeigneten, erforderlichen und verhältnismäßigen Mittel verfolgt. Nach der „Sphärentheorie“ des BVerfG sind regulatorische Privatrechtsnormen, die einen Eingriff in die Intimsphäre bewirken, wegen Verfolgung eines illegitimen Regelungsziels verfassungswidrig.⁵⁵ Privatrecht ist nicht per se ungeeignet zur Umverteilung oder gar allgemein zur Verfolgung von Allgemeinwohlinteressen.⁵⁶ Im Bereich der Erforderlichkeit kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an. So sind z. B. eine Gefährdungshaftung anstatt einer Verschuldenshaftung, zwingendes Vertragsrecht anstatt einer AGB-Kontrolle oder eine Einwendung anstatt einer Einrede/eines Gestaltungsrechts nur dann erforderlich, wenn die für den Regulierungsadressaten jeweils mildere Alternative nicht in jeder Hinsicht gleichwertig zur Zweckerreichung geeignet ist.⁵⁷ Eine Norm des regulatorischen Privatrechts ist nicht deshalb unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil parallel öffentlich-rechtliche Sanktionen vorgesehen sind; im Konfliktfall müssen Letztere zurücktreten. Dagegen kommt eine Unverhältnismäßigkeit in Betracht, wenn keinerlei Verantwortungszusammenhang zwischen den belasteten Privaten und der einzudämmenden Gefahr für das Allgemeinwohl besteht oder wenn die konsequente Durchsetzung einer regulatorischen Privatrechtsnorm von der Rechtsordnung anderweitig verfolgte Steuerungsziele beeinträchtigen würde.⁵⁸ Eine Abwägung im Sinne der Herstellung praktischer Konkordanz mit den Interessen derjenigen privaten Partei, die von der regulatorischen Privatrechtsanwendung konkret profitiert, ist hingegen nicht vorzunehmen.⁵⁹

Eine Pflicht zum Einsatz von regulatorischem Privatrecht kann sich aufgrund grundrechtlicher Schutzpflichten nur in Ausnahmekonstellationen ergeben. Dies setzt voraus, dass ausschließlich privatrechtliche Mittel geeignet erscheinen, dem verfassungsrechtlich zwingend vorgegebenen öffentlichen Interesse zum Durchbruch zu verhelfen.⁶⁰

c) Bei der grundrechtlichen Kontrolle regulatorischer Privatrechtsanwendung durch die Zivilgerichte gelten unterschiedliche Maßstäbe, je nach Eingriffsintensität und danach, ob die Gerichte lediglich konkrete regulatorische Privatrechtsgesetze anwenden⁶¹ oder selbst rechtsfortbildend einen neuen regulatorischen Tatbestand schaffen.⁶²

⁵⁵ § 7 II.2.b.aa. (S. 302 ff.).

⁵⁶ § 7 II.2.b.bb. (S. 304 f.).

⁵⁷ § 7 II.2.b.cc. (S. 305 ff.).

⁵⁸ § 7 II.2.b.dd. (S. 309 ff.).

⁵⁹ § 7 II.2.c. (S. 313 ff.).

⁶⁰ § 7 II.3. (S. 315 ff.).

⁶¹ § 7 III.2.b. (S. 320 f.).

⁶² § 7 III.2.c. (S. 321 f.).

III. Dritter Teil: Konsequenzen für die Rechtswissenschaft

1. (Privat-)Rechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft

a) Auch wenn die Privatrechtsordnungen der westlichen Welt inhaltlich weitreichende Übereinstimmungen aufweisen, bestehen doch im internationalen Vergleich erhebliche Unterschiede in der Art und Weise, *Rechtswissenschaft* zu betreiben. Während in den USA sämtliches Privatrecht als „government regulation“ angesehen wird, legt die deutsche Privatrechtswissenschaft einen materialen Privatrechtsbegriff zugrunde, der auf den Grundkategorien Privatautonomie, subjektives Recht und Interessenausgleich aufbaut. Nach diesem (verengten) Verständnis soll Privatrecht gar nicht dazu dienen, Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse zu betreiben.⁶³

Die philosophischen Grundlagen dieses freiheitlich-individualistischen Privatrechtskonzepts finden sich bei *Locke* und *Kant*, die als Wegbereiter des subjektiven Rechts gelten dürfen.⁶⁴ Entscheidende Weichenstellungen gingen im 19. Jahrhundert von der romanistischen Rechtsschule im Gefolge von *Savigny* aus, die sich nicht nur durch eine systematisierende Herangehensweise an das Privatrecht auszeichnete, sondern auch eine Vorstellung von der Freiheitlichkeit des klassischen römischen Rechts entwickelte (bzw. später damit identifiziert wurde), die zum Ideal des Privatrechts schlechthin avancierte.⁶⁵ Die wissenschaftlichen Ansätze waren praktisch so erfolgreich, weil sie den politischen Anforderungen des 19. Jahrhunderts entsprachen. Nach Auflösung der Reichsgerichtsbarkeit beruhte die Rechtseinheit allein auf dem gemeinen römischen Recht, das sich als überstaatliches oder vorstaatliches Privatrecht den Ränkespielen der deutschen Fürsten entzog. Dazu musste jeder Anschein einer politischen Steuerungsfunktion vermieden werden.⁶⁶

Auch nach Herstellung der Reichseinheit und Kodifikation des BGB blieb das freiheitlich-individualistische Privatrechtsverständnis weitgehend unangefochten, obwohl es nicht an substantiellen Einwänden mangelte. Auf rechtstheoretischer Ebene haben *Bierling* und *Hohfeld* gezeigt, dass sich aus der Abgrenzung von Freiheitssphären keine Pflichten deduzieren lassen, die anderen Personen in Ansehung dieser Freiheiten obliegen.⁶⁷ Einen konkreten Gegenentwurf zum freiheitlich-individualistischen Privatrechtsverständnis legte *Jhering* vor, der, ausgehend von der Idee einer grundlegenden Zweckausrichtung des gesamten Rechts, auch das Privatrecht als Mittel zur Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft ansah. *Jhering* schuf damit die Grundlage für eine folgenorientierte

⁶³ § 8 I.1. (S. 329).

⁶⁴ § 8 I.1.a. (S. 329 ff.).

⁶⁵ § 8 I.1.b. (S. 331 ff.).

⁶⁶ § 8 I.1.c. (S. 335 ff.).

⁶⁷ § 8 I.2.a.aa. (S. 339 ff.).

Betrachtung des Privatrechts.⁶⁸ In der Frühphase des BGB wandte sich die Freirechtbewegung gegen den Glauben, die Lösungen aller privatrechtlichen Fragen ließen sich aus der neuen Kodifikation deduzieren, und propagierte ebenfalls eine folgenbezogene Betrachtung. Während die Freirechtsschule in der deutschen Rechtswissenschaft aber kaum Spuren hinterließ, führte die Parallelbewegung des amerikanischen Rechtsrealismus zu einer vollständigen Umwälzung des dortigen Privatrechtsverständnisses, weg vom „transcendental nonsense“ hin zu der Überzeugung, dass Privatrecht Teil der „government regulation“ ist.⁶⁹

Der Grund, weshalb auch substantielle Einwände in Deutschland letztlich ohne Einfluss blieben, besteht in einer besonderen Integrationskraft des freiheitlich-individualistischen Privatrechtsverständnisses. Ein wichtiges Instrument waren vermittelnde Lehren, wie die von *Regelsberger* begründete „Kombinationstheorie“ des subjektiven Rechts, die, indem sie die auf *Savigny* und *Windscheid* zurückgehende „Willentheorie“ und *Jherings* „Interesstheorie“ miteinander verknüpfte, den Blick dafür verspernte, dass der zugrundeliegende Widerspruch zwischen zwei konträren Begründungsansätzen des Privatrechts unverändert fortbestand.⁷⁰ *Jherings* gesamte Rechtstheorie erfuhr ein ähnliches Schicksal durch die Interessenjurisprudenz. Diese sah den Zweck nicht als Grund des (Privat-)Rechts, sondern als Ergebnis eines Interessenkonflikts, der jeder Norm zugrunde liege. *Heck* ersetzte das begriffsjuristische System durch ein „inneres System“, bei dem den Interessen die Funktion systembildender Elemente zukommt, die ganz ähnlich wie zuvor die Begriffe gegeneinander abgegrenzt werden können. Damit popularisierte die Interessenjurisprudenz zwar die *Jheringsche* Zweckjurisprudenz, läutete aber zugleich ihr Ende ein, indem sie die Interessen in das systematische Denken des herkömmlichen freiheitlich-individualistischen Privatrechtskonzepts integrierte.⁷¹ Den endgültigen Übergang zu einer rein prinzipienbasierten Sichtweise brachte die Wertungsjurisprudenz, die die Interessen als Zwecke des historischen Gesetzgebers zugunsten von objektiven Wertungen eliminierte. *Larenz* propagierte die rechtsethische Fundierung dieser Wertungen, die es erlaube, allgemeine Rechtsgrundsätze als „mittlere Ebene“ zwischen der Rechtsidee (der Gerechtigkeit) und dem positiven Recht anzusehen.⁷²

Der kategoriale Unterschied zwischen Privatrechtstheorien wie *Jherings* zweckorientierter Rechtstheorie, dem Rechtsrealismus und der Freirechtsschule auf der einen und der herrschenden freiheitlich-individualistischen Sichtweise auf der anderen Seite besteht darin, dass letztere eine prinzipienbasierte Privatrechtstheorie darstellt, während erstere folgenorientiert argumentierten. Prinzipienbasierte Privatrechtstheorien sind darauf ausgerichtet, den Konflikt zwischen un-

⁶⁸ § 8 I.2.a.bb. (S. 343 ff.).

⁶⁹ § 8 I.2.a.cc. (S. 348 ff.).

⁷⁰ § 8 I.2.b.aa. (S. 354 ff.).

⁷¹ § 8 I.2.b.bb. (S. 356 ff.).

⁷² § 8 I.2.b.cc. (S. 360 ff.).

terschiedlichen Prinzipien aufzulösen. Welche Verhaltensbeeinflussung die auf diese Weise gewonnenen konkreten Normen bewirken, lässt sich im Rahmen einer prinzipienbasierten Theorie nicht adäquat erfassen.⁷³ Demgegenüber gehen folgenorientierte Privatrechtstheorien von den (erwarteten) Auswirkungen aus, die eine Rechtsnorm auf das Verhalten des Normadressaten oder von Dritten zeitigt.⁷⁴ Obwohl normativ gleichwertig, sind prinzipienbasierte und folgenbasierte Sichtweise theoretisch inkommensurabel. So bestehen Gegensätze auf Ebene der Grundelemente (subjektives Recht versus Anreizwirkung), der systembildenden Faktoren (allgemeine Rechtsgrundsätze versus Wirkungshypothesen) und der normativen Leitsätze (Gerechtigkeit versus Effizienz).⁷⁵ Beide Ansätze sind allein unzureichend. Eine rein prinzipienbasierte Rechtswissenschaft verfehlt die soziale Dimension des Rechts,⁷⁶ während aus einer rein folgenbezogenen Betrachtung keine normativen Begründungen abgeleitet werden können.⁷⁷ Ein umfassendes Verständnis des Privatrechts muss eine Synthese zwischen beiden Ansätzen herstellen.⁷⁸

Das Konzept der Regulierung und allgemein der Funktionen des Rechts bietet einen Weg, der beide Sichtweisen auf eine produktive Weise zu einer solchen Synthese verknüpft, indem die Folgenorientierung durch die Rückführung auf die Intention des Regelgebers normativ begründet wird und die tatsächlichen Auswirkungen für das Allgemeinwohl zugleich zum Maßstab praktischer Rechtsanwendung erhoben werden.⁷⁹

b) Die Regulierungsfunktion des Privatrechts findet bislang aber nicht nur aufgrund des verengten materialen Privatrechtsbegriffs zu wenig Beachtung, sondern auch deshalb, weil die Rechtsdogmatik in ihrer vorherrschenden Ausprägung keine Mittel bereit hält, das Privatrecht folgenorientiert, d.h. regulatorisch zu betrachten. Die enge Verbindung von Wissenschaft und Praxis in der Rechtsdogmatik bietet besondere Chancen, führt aber auch zu Einschränkungen, namentlich einer natürlichen Vormachtstellung der Wissenschaft bei Methodenfragen.⁸⁰ Umso wichtiger ist die verfassungsrechtliche Rückbindung der Methodik. Dabei zeigt sich, dass auch eine regulatorische Rechtsanwendung mit den Vorgaben von Gewaltenteilungsgrundsatz, Demokratieprinzip, Rechtsstaatsgebot und allgemeinem Gleichbehandlungsgrundsatz grundsätzlich vereinbar ist.⁸¹

Die regulatorische Rechtsdogmatik geht von der Frage aus, welche tatsächlichen Wirkungen eintreten *würden*, wenn eine Rechtsnorm einen bestimmten

⁷³ § 8 I.3.a. (S. 365 ff.).

⁷⁴ § 8 I.3.b. (S. 369 ff.).

⁷⁵ § 8 I.3.c.aa. (S. 372 ff., Grundelemente), bb. (S. 375 f., systembildende Faktoren) und cc. (S. 376 ff., normative Leitsätze).

⁷⁶ § 8 I.3.d.aa. (S. 379 ff.).

⁷⁷ § 8 I.3.d.bb. (S. 381 ff.).

⁷⁸ § 8 I.3.d.cc. (S. 383 ff.).

⁷⁹ § 8 I.4. (S. 385 ff.).

⁸⁰ § 8 II.1. (S. 390 ff.).

⁸¹ § 8 II.2.c. (S. 398 ff.).

Inhalt *hätte*, um auf dieser Grundlage entscheiden zu können, ob sie einen solchen oder einen alternativen Inhalt haben *soll*.⁸² Dabei stellen sich neue Fragen auf Ebene der Normanwendung, der Systembildung und der Wertung.⁸³ Den Bogen zur herkömmlichen Rechtsdogmatik schlagen die Regeln über die Auslegung und die Rechtsfortbildung, die auch den äußeren Rahmen der regulatorischen Rechtsdogmatik abstecken.⁸⁴ Darüber hinaus ist regulatorische Rechtsdogmatik aber zugleich praktische Interdisziplinarität, indem sie eine Vielzahl fremdwissenschaftlicher Erkenntnisse *nach juristischen Regeln* verarbeiten muss, um die sich für die Verhaltenssteuerung im öffentlichen Interesse stellenden Fragen beantworten zu können.⁸⁵ Dabei gelten geringere Anforderungen an die Übernahme von Erkenntnissen zu Tatbestandsfragen als von solchen zu Wertungsfragen.⁸⁶

c) Auch jenseits der Rechtsdogmatik besteht Bedarf für eine „rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung“, die das (Privat-)Recht aus einer spezifisch juristischen Perspektive folgenorientiert untersucht.⁸⁷ Die Lücke wird nicht hinreichend durch die ökonomische Analyse des Rechts geschlossen, weil diese das Recht aus einer fremdwissenschaftlichen Perspektive untersucht und dazu auch normative Annahmen macht, die nicht zwingend mit den jeweiligen Rechtsnormen vereinbar sind.⁸⁸ Es ist erforderlich, das Recht aus einer genuin rechtswissenschaftlichen Perspektive, d. h. auf Grundlage und in Hinblick auf die *rechtlich* relevanten Vorgaben, folgenorientiert zu untersuchen und etwa ein folgenorientiertes System des Privatrechts zu entwickeln.⁸⁹ Dem kann nicht das Fehlen rechtlicher Wertungsmaßstäbe entgegengehalten werden. Es existieren folgenbezogene Wertungskriterien, denen rechtliche Relevanz zukommt und die zu einer normativen Beschränkung der Zweckausrichtung (etwa durch Grundrechte) in der Lage sind.⁹⁰

2. Elemente einer rechtswissenschaftlichen Regulierungstheorie

Ein rechtswissenschaftlicher Ansatz, der darauf ausgerichtet ist, speziell die Regulierungsfunktion des Rechts zu untersuchen, sollte von den Regulierungszielen, den Regulierungsinstrumenten und dem Zusammenspiel zwischen beiden ausgehen.

a) Regulierungsziele sind grundsätzlich nicht (verfassungs-)rechtlich vorgegeben, sondern stellen genuin politische Entscheidungen dar; sie lassen sich aber

⁸² § 8 II.3.b. (S. 409).

⁸³ § 8 II.3.a.aa. (S. 405 f., Normanwendung), bb. (S. 406 f., Systembildung), cc. (S. 408 f., Wertung).

⁸⁴ § 8 II.3.b. (S. 409 f.).

⁸⁵ § 8 II.3.c.aa. (S. 411 f.).

⁸⁶ § 8 II.3.c.bb. (S. 413 ff., Tatbestandsfragen) und cc. (S. 416 ff., Wertungsfragen).

⁸⁷ § 8 III.1. (S. 420 ff.): Rechtswissenschaft ist nicht gleichzusetzen mit Rechtsdogmatik.

⁸⁸ § 8 III.2. (S. 424 ff.).

⁸⁹ § 8 III.3. (S. 427 ff.).

⁹⁰ § 8 III.4. (S. 429 ff.).

rechtswissenschaftlich analysieren und systematisieren.⁹¹ Ist das Regulierungsziel nicht eindeutig festgelegt, lässt es sich häufig aus dem Regulierungsanlass erschließen.⁹² Die meisten Regulierungsziele beschreiben nicht einen bestimmten Endzustand, sondern sind als Optimierungsgebote angelegt, die stets aktualisiert werden müssen.⁹³ Nahezu jedes einzelne Regulierungsziel steht im Kontext eines übergreifenden Regulierungskonzepts, aus dem heraus sich seine Bedeutung erst vollständig erschließen lässt.⁹⁴ Im Bereich der Marktregulierung bildet die Bekämpfung von Marktversagen ein übergreifendes Regulierungskonzept, in das sich die einzelnen Regulierungsziele einfügen.⁹⁵ Aber auch in anderen Lebensbereichen lassen sich nach dem gleichen Gestaltungsmuster übergreifende Regulierungskonzepte wie der Schutz der Familie identifizieren.⁹⁶

b) Regulierungsinstrumente zeichnen sich dadurch aus, dass sie Regulierungswirkung entfalten. Dazu ist regelmäßig, aber nicht stets Rechtsbefolgung erforderlich.⁹⁷ Primäre Rechtsdurchsetzung kann aufgrund ihrer general- und spezialpräventiven Wirkung regulatorisch eingesetzt werden, während sekundäre Rechtsdurchsetzung lediglich generalpräventiv eine Regulierungswirkung entfaltet.⁹⁸ Für eine Systematisierung einzelner Regulierungsinstrumente bietet es sich an, zwischen direkten und indirekten Regulierungsinstrumenten zu unterscheiden. Direkte Regulierungsinstrumente zielen darauf ab, beim Normadressaten eine Regulierungswirkung zu erzielen, so dass die Regulierungsadressaten gleichzeitig stets auch zumindest potentielle Normadressaten sind. Im Einzelnen lassen sich folgende direkte Regulierungsinstrumente unterscheiden: Gesetzliche Gebote, Verbote und Unwirksamkeitsgründe (selbstwirksame Vorschriften und solche, die eines Rechtsdurchsetzungsaktes bedürfen);⁹⁹ Gebot, Verbot oder Unwirksamkeit aufgrund einer einzelfallbezogenen Handlung (Verwaltungsakte, richterliche Rechtsfortbildung und Handlungen Privater, insbesondere Gestaltungsrechte);¹⁰⁰ Sanktionsnormen (Rechtsverlust, Schadensersatz, Herausgabepflicht, Geldbuße und Strafen);¹⁰¹ Lenkungssteuern und Subventionen;¹⁰² Quantitätsregulierung

⁹¹ § 9 I. (S. 438 ff.).

⁹² § 9 I.1. (S. 440 f.).

⁹³ § 9 I.2. (S. 441 f.).

⁹⁴ § 9 I.3.a. (S. 443 f.).

⁹⁵ § 9 I.3.b. (S. 444 ff.).

⁹⁶ § 9 I.3.c. (S. 447 ff.).

⁹⁷ § 9 II.1.a. (S. 451 ff.).

⁹⁸ § 9 II.1.b. (S. 454 ff.).

⁹⁹ § 9 II.2.a.aa. (S. 457 f., Selbstwirksame Vorschriften) und bb. (S. 458 f., Vorschriften, die eines Rechtsdurchsetzungsaktes bedürfen).

¹⁰⁰ § 9 II.2.b.aa. (S. 459 f., Verwaltungsakte), bb. (S. 460, Richterliche Rechtsfortbildung, Konkretisierung von Generalklauseln und Inhaltskontrolle) und cc. (S. 461, Handlungen Privater, insbesondere Gestaltungsrechte).

¹⁰¹ § 9 II.2.c.aa. (S. 462 f., Rechtsverlust), bb. (S. 463 ff., Schadensersatz), cc. (S. 470 f., Herausgabepflicht) und dd. (S. 471 ff., Geldbuße und Strafen).

¹⁰² § 9 II.2.d. (S. 474 ff.).

gen und Preisregulierungen.¹⁰³ Indirekte Regulierungsinstrumente sind dagegen solche, bei denen entweder die Normadressaten und Regulierungsadressaten auseinanderfallen oder, sofern beide Gruppen identisch sind, die intendierte Regulierungswirkung von der direkten Normwirkung getrennt ist. Konkret lassen sich folgende indirekte Regulierungsinstrumente identifizieren: Informations- und Offenlegungspflichten (zur Steuerung des Informationsempfängers oder des Informationsverpflichteten);¹⁰⁴ Indienstnahme Dritter;¹⁰⁵ Zurechnungsnormen;¹⁰⁶ Abdingbare Vorschriften, Soft Law und regulierte Selbstregulierung;¹⁰⁷ Naming and Shaming.¹⁰⁸

c) Die Gründe, weshalb ein konkretes Regulierungsinstrument ein bestimmtes Regulierungsziel erreicht, liegen nur teilweise im rechtlichen Bereich (Ausgestaltung des Tatbestands mit Blick auf den konkreten Lebenskontext; Art des Rechtsdurchsetzungsmechanismus; Beweisanforderungen; Auswahl der Vollzugs- und Sanktionsinstanzen).¹⁰⁹ Daneben spielen insbesondere die Einstellungen der Normadressaten und Dritter eine wesentliche Rolle; auch diese sind aber einer indirekten Beeinflussung durch das Recht zugänglich.¹¹⁰ Zu einem Fehlschlagen der Regulierung kommt es, wenn ein ungeeignetes Regulierungsinstrument gewählt wird, wenn das Regulierungsinstrument falsch kalibriert ist oder es zu unerwünschten Nebenwirkungen kommt, die nicht durch Gegenmaßnahmen eingedämmt werden können.¹¹¹ Einzelne Regulierungsinstrumente können verglichen werden nach Kriterien der Funktionsweise, der Reichweite, der institutionellen Einbettung, des Informationsbedarfs und der Komplexität sowie der Kosten.¹¹² Wendet man diese Kriterien etwa auf das Regulierungsziel Umverteilung an, zeigt sich, dass entgegen einer Grundannahme der ökonomischen Analyse des Rechts die Instrumente des Steuer- und Sozialrechts nicht generell besser geeignet sind als die des Privatrechts, sondern es auf das konkrete Umverteilungsziel und weitere Prioritäten der regulierenden Instanz ankommt.¹¹³

Das Zusammenwirken mehrerer Regulierungsinstrumente zur Verfolgung unterschiedlicher Regulierungsziele im Rahmen eines übergreifenden Regulierungskonzepts wird als Regulierungsstrategie bezeichnet.¹¹⁴ Dabei handelt es sich um ein heuristisches Konzept, das es ermöglicht, einzelne Regulierungsin-

¹⁰³ § 9 II.2.e. (S. 477 f.).

¹⁰⁴ § 9 II.3.a.aa. (S. 480 ff., Steuerung des Informationsempfängers) und bb. (S. 483 ff., Steuerung des Informationsverpflichteten).

¹⁰⁵ § 9 II.3.b. (S. 485 ff.).

¹⁰⁶ § 9 II.3.c. (S. 487 ff.).

¹⁰⁷ § 9 II.3.d. (S. 489 ff.).

¹⁰⁸ § 9 II.3.e. (S. 491 f.).

¹⁰⁹ § 9 III.1.a.aa. (S. 494 ff.).

¹¹⁰ § 9 III.1.a.bb. (S. 498 ff.).

¹¹¹ § 9 III.1.b.aa. (S. 501 f., ungeeignetes Regulierungsinstrument), bb. (S. 502 f., falsche Kalibrierung) und cc. (S. 503 f., unerwünschte Nebenwirkungen).

¹¹² § 9 III.1.c.aa. (S. 505 ff.).

¹¹³ § 9 III.1.c.bb. (S. 511 ff.).

¹¹⁴ § 9 III.2.a. (S. 517 ff.).

strumente zueinander in ein systematisches Verhältnis zu setzen. Regulierungsstrategien kann nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch der Rechtsanwender anhand eines übergreifenden Regulierungskonzepts entwickeln.¹¹⁵

3. Privatrecht in der Gesamtrechtsordnung

Die regulierungstheoretische Sicht wirft die Frage nach der Stellung des Privatrechts in der Gesamtrechtsordnung neu auf.

a) Der Vergleich des vorherrschenden materialen Privatrechtsbegriffs, demzufolge das Privatrecht wesentlich auf dem Konzept der Privatautonomie gründet, mit dem formalen Privatrechtsbegriff, der bestimmt, wann eine Norm als dem Privatrecht zugehörig angesehen wird, ergibt eine Diskrepanz: Die herrschenden Abgrenzungstheorien stellen allein auf die beteiligten Personen und ihren staatsrechtlichen Status, nicht hingegen auf inhaltliche Prinzipien wie die Privatautonomie ab. Das weckt Zweifel am identitätsstiftenden Charakter der Privatautonomie.¹¹⁶ Die Begriffsgeschichte offenbart, dass die Privatautonomie im 19. Jahrhundert keineswegs ein anerkanntes Privatrechtskonzept war und auch zu Beginn des 20. Jahrhunderts nicht allgemein akzeptiert wurde. Ihre zentrale Bedeutung hat sie erst nach 1945 errungen, als es darum ging, die Wertungen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und der (sozialen) Marktwirtschaft im Rahmen des vorkonstitutionellen BGB zur Geltung zu bringen.¹¹⁷ Bei der Privatautonomie handelt es sich weniger um ein Privatrechtskonzept als um eine *verfassungsrechtliche* Vorgabe, die auch jenseits des Privatrechts wirkt. Obwohl die Privatautonomie nach wie vor eine grundlegende Bedeutung für das Privatrecht hat, ist der Zusammenhang loser als allgemein angenommen. So gehört Regulierung ebenso zum Privatrecht wie andersherum die anderen Teilrechtsordnungen gleichfalls Privatautonomie zu gewährleisten haben.¹¹⁸

b) Daraus folgt allerdings nicht, dass die Abgrenzung der Teilrechtsordnungen gänzlich aufzugeben oder durch Mischformen aufzuweichen wäre.¹¹⁹ Verwaltungsrecht, Strafrecht und Privatrecht stellen in funktionaler Sicht vor allem unterschiedliche Rechtsdurchsetzungsregime dar. Ein wesentlicher rechtlicher und praktischer Unterschied besteht dabei darin, ob der Staat zwingend in die Rechtsdurchsetzung eingebunden ist, wie dies im Verwaltungs- und Strafrecht der Fall ist.¹²⁰ Im Einzelnen lassen sich die Teilrechtsordnungen vor allem mit Blick auf unterschiedliche Rechtsfunktionen (wie Interessenausgleich, Regulie-

¹¹⁵ § 9 III.2.b. (S. 519 ff.).

¹¹⁶ § 10 I.1. (S. 524 ff.).

¹¹⁷ § 10 I.2. (S. 529 ff.).

¹¹⁸ § 10 I.3. (S. 539 ff.).

¹¹⁹ § 10 II.1. (S. 545 ff.).

¹²⁰ § 10 II.2. (S. 549 ff.).

rung, Organisation etc.) vergleichen. Insoweit stehen sie in einer Art (sportlichem) Wettbewerb um die jeweils sachangemessenste Lösung.¹²¹

c) Das Privatrecht nimmt auch bei einer solchen funktionalen Betrachtung eine wichtige und grundlegende Stellung in der Gesamtrechtsordnung ein. Diese basiert wesentlich auf dem *Prinzip der Privatinitiative*, welches das Privatrecht auszeichnet und von allen anderen Rechtsdurchsetzungsregimen abgrenzt: Privatrechtliche Rechtsdurchsetzung findet nur dann statt, wenn sich der Berechtigte aktiv dafür entscheidet.¹²²

IV. Vierter Teil: Konsequenzen für Gesetzgebung und Rechtspraxis

1. Privatrecht als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers

a) Der Gesetzgeber, der ein Regulierungsziel verfolgt, muss entscheiden, welches Regulierungsinstrument er verwendet. Wichtig für diese Entscheidung sind die Kriterien Zielgenauigkeit (Zielerreichung; Fehlertoleranz; Verifizierbarkeit),¹²³ unerwünschte Nebenwirkungen und mögliche Gegenmaßnahmen (für jedes Regulierungsinstrument spezifisch)¹²⁴ sowie Kosten (Rechtssetzungskosten; Rechtsdurchsetzungskosten; Rechtsbefolgungskosten).¹²⁵ Für einen konkreten Vergleich einzelner Regulierungsinstrumente anhand dieser Kriterien ist zu unterscheiden nach der Art des Regulierungsziels:¹²⁶ Je nachdem, ob es um die Herbeiführung eines Erfolgs,¹²⁷ die Verhinderung eines Erfolgs,¹²⁸ die Herbeiführung einer Handlung¹²⁹ oder die Verhinderung einer Handlung¹³⁰ geht, erfüllen Regulierungsinstrumente die genannten Kriterien in unterschiedlichem Maße.

Mehrere Regulierungsinstrumente sollten dann zur Verfolgung desselben Regulierungsziels kombiniert werden, wenn sich nur durch die Kombination verschiedene gesetzgeberische Zielvariablen gleichzeitig verfolgen lassen, ein Regulierungsinstrument die unerwünschten Nebenwirkungen anderer Regulierungsinstrumente abmildert oder die jeweiligen Nebenwirkungen jedenfalls unkorreliert sind, die unterschiedlichen Rechtsdurchsetzungsinstanzen kooperieren können und die Compliance-Anforderungen der unterschiedlichen Regu-

¹²¹ § 10 II.3. (S. 553 ff.).

¹²² § 10 III. (S. 558 ff.).

¹²³ § 11 I.1.b.aa. (S. 567 ff.).

¹²⁴ § 11 I.1.b.bb. (S. 571 ff.).

¹²⁵ § 11 I.1.b.cc. (S. 575 ff.).

¹²⁶ § 11 I.1.a. (S. 566 f.).

¹²⁷ § 11 I.1.b. (S. 567 ff.).

¹²⁸ § 11 I.1.c. (S. 578 ff.).

¹²⁹ § 11 I.1.d. (S. 586 ff.).

¹³⁰ § 11 I.1.e. (S. 591 ff.).

lierungsinstrumente korreliert sind.¹³¹ Daneben muss der Gesetzgeber berücksichtigen, dass die Gerichte aufgrund von Normen wie §§ 134, 823 Abs. 2 BGB selbständig Regulierungsinstrumente kombinieren können.¹³²

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Wahl von Regulierungsinstrumenten ergeben sich insbesondere aus dem Erforderlichkeitsgrundsatz, der zwei Vergleiche der Regulierungsinstrumente, nämlich zunächst auf ihre Gleichwirksamkeit und sodann auf ihre Milde, verlangt. In den ersten Vergleich sind alle Regulierungsinstrumente einzubeziehen, die sich für das verfolgte Regulierungsziel nach der obigen Klassifizierung grundsätzlich zur Regulierung eignen.¹³³ Zwingende Vergleichskriterien sind die Eignung zur Zielerreichung und ihre Verifizierbarkeit;¹³⁴ nicht berücksichtigt werden dürfen die Kosten.¹³⁵ Die Definition einer hohen oder niedrigen Fehlertoleranz sowie den Ausschluss unerwünschter Nebenwirkungen darf der Gesetzgeber optional als Kriterien festlegen.¹³⁶ Für die Ermittlung des mildesten unter den mindestens gleich wirksamen Regulierungsinstrumenten sind zwingend der Modus der Zielerreichung (sowohl hinsichtlich der Auswirkungen auf Grundrechte als auch auf sonstige zwingende öffentliche Belange), die unerwünschten Nebenwirkungen, die Rechtsbefolgungskosten und die Rechtsdurchsetzungskosten privater Rechtsdurchsetzer zugrunde zu legen.¹³⁷ Dagegen dürfen Fehlertoleranz und schlechtere Verifizierbarkeit von Rechtsverstößen sowie die Rechtssetzungskosten nicht berücksichtigt werden.¹³⁸ Der Gesetzgeber ist zudem berechtigt, eine bestimmte positive Nebenwirkung zum Vergleichskriterium zu erheben – ebenso wie die Vermeidung von Verwaltungsaufwand.¹³⁹ Zwingende Festlegungen auf ein einzelnes Regulierungsinstrument werden aus diesen Vergleichen regelmäßig nicht folgen, so dass der Gesetzgeber – im Rahmen der zulässigen Optionen – allein nach politischen Zweckmäßigkeitserwägungen entscheiden darf.¹⁴⁰

c) Speziell für die Stellung des Privatrechts im regulatorischen Baukasten des Gesetzgebers kann man drei Konstellationen unterscheiden: Privatrechtliche Instrumente bieten eine *Alternative* zur hoheitlichen Regulierung, wenn es darum geht, flexibel auf neue Phänomene zu reagieren oder flächendeckend ex post zu regulieren, können aber auch zur ex ante-Regulierung eingesetzt werden. Zwingende Voraussetzung einer Regulierung mittels Privatrecht ist, dass sich das Regulierungsziel mittels einer einzigen individuellen Rechtsposition verwirklichen lässt. Erforderlich sind zudem hinreichende Anreize zur privaten Rechtsdurch-

¹³¹ § 11 I.2.a. (S. 599 ff.).

¹³² § 11 I.2.b. (S. 604 f.).

¹³³ § 11 II.1. (S. 608 ff.).

¹³⁴ § 11 II.2.a. (S. 612 f.).

¹³⁵ § 11 II.2.b. (S. 613 f.).

¹³⁶ § 11 II.2.c. (S. 614 f.).

¹³⁷ § 11 II.3.a. (S. 620 ff.).

¹³⁸ § 11 II.3.b. (S. 624).

¹³⁹ § 11 II.3.c. (S. 624 ff.).

¹⁴⁰ § 11 II.3.d. (S. 626 ff.).

setzung.¹⁴¹ Daneben können privatrechtliche Instrumente als *Ergänzung* hoheitlicher Steuerung im Rahmen einer Regulierungsstrategie eingesetzt werden. Dabei eignet sich das Privatrecht besonders zur Feinststeuerung und zur Überwindung möglicher Widerstände Privater. Im Bereich der Sanktionierung kommt privatrechtlichen Instrumenten bei kleineren Verstößen (jenseits der Schwelle zum Strafrecht) der Vorteil einer leichteren Erkennbarkeit des Rechtsverstoßes zu, der mit der Freiheit Privater, auf Rechtsdurchsetzung zu verzichten, abgewogen werden muss.¹⁴² Schließlich kommen privatrechtliche Instrumente als *Ersatz* hoheitlicher Regulierung in Betracht, wenn es um grenzüberschreitende Sachverhalte geht, die einer verwaltungsrechtlichen Regelung nicht zugänglich sind, oder bei Fragen, die aus politischen Gründen nicht unter die Aufsicht einer Behörde gestellt werden sollen.¹⁴³

2. Regulatorisches Privatrecht in der Rechtsanwendung

a) Regulatorische Privatrechtsgesetze sind im Wege eines mehrstufigen Verfahrens anzuwenden. Zunächst muss positiv festgestellt werden, dass eine bestimmte Vorschrift ein Regulierungsziel verfolgt.¹⁴⁴ Für die eigentliche regulatorische Rechtsanwendung ist sodann aus dem individuellen Sachverhalt für Zwecke der generellen Verhaltenssteuerung eine „typische Situation“ zu generalisieren und in tatsächlicher Hinsicht zu untersuchen.¹⁴⁵ Als nächstes ist eine Entscheidungsalternative – d. h. mindestens zwei grundsätzlich mögliche Rechtsfolgen – durch eine teleologische Gesetzesauslegung zu ermitteln oder durch (potentielle) Rechtsfortbildung zu schaffen.¹⁴⁶ Es ist das generelle Regulierungsziel für die typische Situation zu konkretisieren, die Anreizwirkungen der unterschiedlichen möglichen Rechtsfolgen zu prognostizieren und sodann die Rechtsfolge durch Subsumtion dieser Anreizwirkungen unter das konkretisierte Regulierungsziel zu bestimmen.¹⁴⁷ Etwaige Divergenzen zwischen der aufgrund des Regulierungsziels gebotenen Rechtsfolge und der gerechten Lösung des Einzelfalls sind durch Mittel des Vertrauensschutzes aufzulösen.¹⁴⁸

b) Eine eigenständige Regulierung durch die Gerichte – also eine selbständige Definition von Gemeinwohlzielen – ist nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung möglich. Im Rahmen von Auslegung und Analogiebildung ist eine Schaffung von Regulierungszielen zulässig, sofern sie die „Zwecksetzungsprerogative“ des Gesetzgebers beachtet.¹⁴⁹ Der Gesetz-

¹⁴¹ § 11 III.1. (S. 630 ff.).

¹⁴² § 11 III.2. (S. 636 ff.).

¹⁴³ § 11 III.3. (S. 642 ff.).

¹⁴⁴ § 12 I.1. (S. 649 ff.).

¹⁴⁵ § 12 I.2.a. (S. 653 ff.).

¹⁴⁶ § 12 I.2.b. (S. 655 ff.).

¹⁴⁷ § 12 I.2.c. (S. 664 ff.).

¹⁴⁸ § 12 I.2.d. (S. 671 ff.).

¹⁴⁹ § 12 II.1.b. (S. 677 ff.).

geber kann die Gerichte durch den Erlass von Generalklauseln zur eigenständigen Regulierung ermächtigen, sofern die entsprechende Generalklausel eindeutig eine regulatorische Zielrichtung hat oder jedenfalls auch regulatorische Konkretisierungen zulässt.¹⁵⁰ Die reine gesetzgeberische Untätigkeit erlaubt den Gerichten hingegen grundsätzlich keine eigenständige Regulierung; etwas anderes gilt nur dann, wenn der Gesetzgeber eindeutig zu erkennen gegeben hat, dass die Lücke zum Schutz von Allgemeinwohlbelangen geschlossen werden darf oder wenn verfassungsrechtliche Regelungsaufträge im öffentlichen Interesse bestehen.¹⁵¹

Soweit sie verfassungsrechtlich zulässig ist, ist eigenständige Regulierung durch die Zivilgerichte auch legitim. Ihr kommt gegenüber der gesetzgeberischen Regulierung der Vorteil zu, auch bereits abgeschlossene Sachverhalte regulatorisch aufarbeiten zu können. Zudem kann sie einen Detaillierungsgrad annehmen, der für den Gesetzgeber praktisch nicht erreichbar ist. Die mangelnde demokratische Legitimation des Zivilrichters kann dem nicht entgegengehalten werden. Auch hat der Gesetzgeber die Zivilgerichte mit der ZPO-Reform auf einfachgesetzlicher Ebene zur Regulierung ermächtigt. Selbst Zivilrechtsprechung, die explizit darauf abzielt, nicht regulatorisch vorzugehen, kann in ihrer Wirkung Allgemeinwohlbelange erheblich beeinträchtigen, weshalb die Gerichte zur Regulierung nicht nur legitimiert sind, sondern im Einzelfall auch verpflichtet sein können.¹⁵²

Im Rahmen der eigenständigen Regulierung lassen sich Regulierungsziele insbesondere durch objektiv-teleologische Auslegung gewinnen, die sich im Falle regulatorischer Normen an den spezifischen Steuerungszwecken des betreffenden Rechtsgebiets ausrichtet.¹⁵³ Durch die Identifizierung eines den gesetzlichen Regelungen für einen bestimmten Lebensbereich zugrunde liegenden übergreifenden Regulierungskonzepts ist es möglich, konkrete Regulierungsziele für die eigenständige gerichtliche Regulierung zu gewinnen.¹⁵⁴ Die Schaffung neuer Regulierungsinstrumente im Wege der eigenständigen Regulierung stellt im Kern ebenfalls eine Fortentwicklung der Regulierungsziele dar, etwa zur Vermeidung von Gesetzesumgehungen.¹⁵⁵ Schließlich muss sich die neue Regulierung in die bestehende Regulierungsstrategie einfügen. Eine Kumulation von Regulierungsinstrumenten ist dabei häufig kontraproduktiv; die Ergänzung durch privatrechtliche Regulierungsinstrumente bietet sich aber an, wenn in dem konkreten Bereich Vollzugsdefizite bestehen oder es um grenzüberschreitende Sachverhalte geht.¹⁵⁶

¹⁵⁰ § 12 II.1.c.aa. (S. 681 ff.).

¹⁵¹ § 12 II.1.c.bb. (S. 685 ff.).

¹⁵² § 12 II.2. (S. 688 ff.).

¹⁵³ § 12 II.3.a. (S. 696 ff.).

¹⁵⁴ § 12 II.3.b. (S. 701 ff.).

¹⁵⁵ § 12 II.3.c. (S. 705 ff.).

¹⁵⁶ § 12 II.3.d. (S. 708 f.).

c) Die für die regulatorische Rechtsanwendung erforderlichen „legislative facts“ dürfen die Zivilgerichte ohne Bindung an (aber ggf. unter Rückgriff auf) das Beweisrecht von Amts wegen ermitteln.¹⁵⁷ Sie können dazu (auch nichtjuristische) wissenschaftliche Hilfskräfte beschäftigen und Sachverständige hinzuziehen.¹⁵⁸ Außerdem dürfen die betroffenen Kreise vom Gericht angehört werden, ohne allerdings einen Anspruch auf rechtliches Gehör zu haben.¹⁵⁹ Regulatorische Urteile sollten die zugrunde gelegten rechtlichen und tatsächlichen Annahmen besonders klar erkennen lassen und so abgefasst werden, dass die regulatorischen Konsequenzen für Dritte jenseits der konkreten Parteien deutlich werden.¹⁶⁰ Schließlich müssen die Gerichte bei Gelegenheit neuer Fälle ihre alten regulatorischen Entscheidungen – insbesondere den Eintritt früherer Prognosen – kontrollieren und ggf. korrigierend nachsteuern.¹⁶¹

¹⁵⁷ § 12 III.1.b. (S. 741 ff.).

¹⁵⁸ § 12 III.2.a. (S. 717 f.).

¹⁵⁹ § 12 III.2.b. (S. 719 f.).

¹⁶⁰ § 12 III.3. (S. 720 f.).

¹⁶¹ § 12 III.4. (S. 721 ff.).

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Warenverkehrsfreiheit und „Verkaufsmodalitäten“ – Zu den EuGH-Entscheidungen „Keck“ und „Hünermund“, RIW 1994, S. 189–194.
- Der Schutz des negativen Interesses – Zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
 - Public supply of optional standardized consumer contracts: A rationale for the Common European Sales Law?, CMLR 50 (2013), S. 11–28.
- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Decker, Heidelberg 1985.
- Akerlof, George A.*, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q. J. Econ. 488–500 (1970).
- Akkermans, Bram*, The Principle of Numerus Clausus in European Property Law, Intersentia, Antwerp u. a. 2008.
- Albers, Marion*, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 71 – Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, De Gruyter, Berlin, Boston 2012, S. 257–295 (zit. *Albers*, in: VVDStRL 71).
- Albert, Hans*, Erkenntnis und Recht – Die Jurisprudenz im Lichte des Kritizismus, in: Albert, Hans/Luhmann, Niklas u. a. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf 1972, S. 80–96.
- Normativismus oder Sozialtechnologie? – Bemerkungen zu Eike von Savigny's Kritik, in: Albert, Hans/Luhmann, Niklas u. a. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft, Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf 1972, S. 109–113.
 - Rechtswissenschaft als Realwissenschaft – Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, Nomos, Baden-Baden 1993.
- Alesina, Alberto/Passarelli, Francesco*, Regulation Versus Taxation, 110 J. Pub. Econ. 147–156 (2014).
- Alexander, Gregory S.*, Governance Property, 160 U. Pa. L. Rev. 1853–1887 (2012).
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983.
- Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986.
 - Begriff und Geltung des Rechts, Alber, Freiburg 1992.
 - Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 61 – Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, De Gruyter, Berlin, New York 2002, S. 7–33 (zit. *Alexy*, in: VVDStRL 61).

- Altmeyden, Holger*, Unbestellte Leistungen: Die Kampfansage eines „Verbraucherschutzes“ an die Grundlagen der Privatautonomie, in: Genzow, F. Christian/Grünwald, Barbara/Schulte-Nölke, Hans (Hrsg.), Zwischen Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz – Festschrift für Friedrich Graf von Westphalen zum 70. Geburtstag, O. Schmidt, Köln 2010, S. 1–12 (zit. *Altmeyden*, in: FS Graf v. Westphalen).
- Anderheiden, Michael*, Gemeinwohl in Republik und Union, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Angermann, Erich*, Das Auseinandertreten von „Staat“ und „Gesellschaft“ im Denken des 18. Jahrhunderts – aus: Zeitschrift für Politik, Jg. 10 (Neue Folge), Heft 2, 1963, S. 89–101, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 109–130.
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 14. Aufl., Stilke, Berlin 1933.
- Aquin, Thomas von*, Summe der Theologie – 3 Bände, 3. Aufl., Kröner, Stuttgart 1985.
- Aristoteles*, Metaphysik – Erster Halbband (Bücher I–IV), Meiner, Hamburg 1989.
- Nikomachische Ethik, Meiner, Hamburg 2010.
 - Politik, Meiner, Hamburg 2012.
- Armbrüster, Christian*, Die Nachrangigkeit der Sozialhilfe und die guten Sitten, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2011, S. 13–28 (zit. *Armbrüster*, in: FS Säcker).
- Armour, John / Hertig, Gerard / Kanda, Hideki*, Transactions with Creditors, in: Kraakman, Reinier H. / Armour, John u. a. (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford, New York 2009, S. 115–151.
- Arnim, Hans Herbert von*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen – Die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie. Ein Beitrag zu verfassungsrechtlichen Grundfragen der Wirtschaftsordnung, Metzner, Frankfurt a.M. 1977.
- Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Arnold, Stefan*, Zur Trennung des öffentlichen vom privaten Recht – Vollstreckung von Ordnungsgeldern im europäischen Justizraum, ZEuP 2012, S. 315–331.
- Vertrag und Verteilung – Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Arrow, Kenneth J.*, A Difficulty in the Concept of Social Welfare, 58 J. Pol. Econ. 328–346 (1950).
- An Extension of the Basic Theorems of Classical Welfare Economics, in: Neyman, Jerzy (Hrsg.), Proceedings of the Second Berkeley Symposium on Mathematical Statistics and Probability, University of California Press; Cambridge University Press, Berkeley 1951, S. 507–532.
 - The Economics of Agency, in: Pratt, John W./Zeckhauser, Richard J. (Hrsg.), Principals and Agents – The Structure of Business, Harvard Business School Press, Boston 1985, S. 37–51.
- Artz, Markus*, Editorial: Der Nutzungsersatzanspruch des Privatverkäufers nach § 439 Abs. 4 BGB, ZGS 2009, S. 241.
- Assmann, Heinz-Dieter / Schneider, Uwe H.* (Hrsg.), Wertpapierhandelsgesetz – Kommentar, 6. Aufl., O. Schmidt, Köln 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider, WpHG).
- Aubert, Vilhelm*, Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung, in: Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, KZfSS Sonderheft Nr. 11, Westdeutscher Verlag, Köln, Opladen 1967, S. 284–309 (zit. *Aubert*, KZfSS Sonderheft Nr. 11).

- Auer, Marietta*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit – Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- Methodenkritik und Interessenjurisprudenz – Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 2008, S. 517–533.
 - Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant – Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds, AcP 208 (2008), S. 584–634.
 - Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Augsberg, Ino*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, Der Staat 51 (2012), S. 117–125.
- Multi-, inter-, transdisziplinär? – Zum Erfordernis binnenjuristischer Metaregeln für den Umgang mit extrajuridischem Wissen im Verwaltungsrecht, in: ders. (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht – Analysen und Perspektiven, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 3–33.
 - Informationsverwaltungsrecht – Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Augsberg, Steffen*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft – Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Augustinus*, Vom Gottesstaat (De civitate Dei), 2. Aufl., dtv, München 2011.
- Ayres, Ian / Braithwaite, John*, Responsive Regulation – Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, New York/Oxford 1992.
- Ayres, Ian / Gertner, Robert*, Filling Gaps in Incomplete Contracts – An Economic Theory of Default Rules, 99 Yale L. J. 87–130 (1989).
- /– Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules, 101 Yale L. J. 729–766 (1992).
- Bachmann, Gregor*, Private Ordnung – Grundlagen ziviler Regelsetzung, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 2008, S. 11–20.
 - Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), S. 424–488.
 - Ad-hoc-Publizität nach „Gelt“, DB 2012, S. 2206–2211.
 - Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen – Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT).
- Bachmann, Gregor / Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas / Fleischer, Holger / Schön, Wolfgang* (Hrsg.), Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR Sonderheft Nr. 18, De Gruyter, Berlin 2012.
- Bachof, Otto*, Über öffentliches Recht, in: Bachof, Otto/Heigl, Ludwig/Redeker, Konrad (Hrsg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, C.H. Beck, München 1978, S. 1–21 (zit. *Bachof*, in: FG 25 Jahre BVerwG).
- Baden, Eberhard*, Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß – Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre, Nomos, Baden-Baden 1977.
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung – Ein exemplarischer Leitfaden, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
- Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2012.

- Baer, Susanne*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos, Baden-Baden 2004, S. 223–251.
- Rechtssoziologie – Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2015.
- Bähr, Otto*, Ueber Irrungen im Contrahiren, Jher. Jb. 14 (1875), S. 393–427.
- Baldwin, Robert*, From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree, MLR 77 (2014), S. 831–857.
- Baldwin, Robert / Black, Julia*, Really Responsive Regulation, MLR 71 (2008), S. 59–94.
- Baldwin, Robert / Cave, Martin*, Understanding Regulation – Theory, Strategy, and Practice, Oxford University Press, Oxford/New York 1999.
- Ball, Wolfgang*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Autokauf, DAR 2009, S. 497–502.
- Ballerstedt, Kurt*, Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte – Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte. Dritter Band. 1. Halbband: Die Wirtschafts- und Arbeitsverfassung, Duncker & Humblot, Berlin 1958, S. 1–90 (zit. *Ballerstedt*, in: Die Grundrechte, Bd. III.1).
- Balthasar, Stephan*, Rückwirkung geänderter Rechtsprechung und prospective overruling im Spannungsfeld von Vertrauensschutz und Richtigkeitskontrolle – Eine vergleichende Untersuchung zum englischen, französischen, österreichischen und deutschen Zivilrecht, in: Aichberger-Beig, Daphne/Aspöck, Florian u. a. (Hrsg.), Vertrauen und Kontrolle im Privatrecht – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2010, Boorberg, Stuttgart [u. a.] 2011, S. 39–65 (zit. *Balthasar*, in: JbJgZivRWiss 2010).
- Bar, Christian von*, Privatrecht europäisch denken!, JZ 2014, S. 473–479.
- Bar, Christian von / Mankowski, Peter*, Internationales Privatrecht – Band I: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2003 (zit. v. *Bar / Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I).
- Bar, Christian von / Striewe, Peter H.*, Die Auflösung der Familienfideikommisse im Deutschen Reich und in Preußen im 20. Jahrhundert – Ein Gesetzgebungsbericht, ZNR 1981, S. 184–198.
- Bardach, Eugene*, Social Regulation as a Generic Policy Instrument, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), Beyond Privatization – The Tools of Government Action, Urban Institute Press, Washington, D.C 1988, S. 197–229.
- Bar-Gill, Oren / Ben-Shahar, Omri*, Regulatory techniques in consumer protection: A critique of European consumer contract law, CMLR 50 (2013), S. 109–125.
- Bar-Gill, Oren / Porat, Ariel*, Harm-Benefit Interactions, 16 Am. L. & Econ. Rev. 86–116 (2014).
- Basedow, Jürgen*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, RabelsZ 59 (1995), S. 1–55.
- Über Privatrechtsvereinheitlichung und Marktintegration, in: Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker – zum siebzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 347–363 (zit. *Basedow*, in: FS Mestmäcker).
 - Deregulierungspolitik und Deregulierungspflichten – Vom Zwang zur Marktöffnung in der EG, in: ders. (Hrsg.), Mehr Freiheit wagen – Über Deregulierung und Wettbewerb, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, S. 26–45.
 - Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs, in: Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wirtschafts-

- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung – Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2004, S. 3–19 (zit. *Basedow*, in: FS Immenga).
- Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit, in: Gesellschaft für Rechtspolitik / Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2008/I, C.H. Beck, München 2009, S. 85–104 (zit. *Basedow*, in: Bitburger Gespräche 2008/I).
 - The Court of Justice and Private Law: Vacillations, General Principles and the Architecture of the European Judiciary, ERPL 18 (2010), S. 443–474.
- Bator, Francis M.*, The Anatomy of Market Failure, 72 Q. J. Econ. 351–379 (1958).
- Bauer, Hartmut*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 54 – Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, De Gruyter, Berlin, New York 1995, S. 243–286 (zit. *Bauer*, in: VVDStRL 54).
- Publizisierung – Begriff – Befunde – Perspektiven, JZ 2014, S. 1017–1025.
- Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch – mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 36. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt, HGB).
- Baumol, William J.*, On Taxation and the Control of Externalities, 62 AER 307–322 (1972).
- Baur, Fritz*, Besprechung von: Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Halbbd. 15. Bearb., JZ 1961, S. 334–335.
- Baur, Jürgen F. / Stürmer, Rolf*, Sachenrecht, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2009.
- Bebchuk, Lucian A.*, Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law, 105 Harv. L. Rev. 1435–1510 (1992).
- Bechtold, Stefan*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts – Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Becker, Gary S.*, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. Pol. Econ. 169–217 (1968).
- Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior, 101 J. Pol. Econ. 385–409 (1993).
 - A Treatise on the Family, 2. Aufl., Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1993.
- Becker, Gary S. / Stigler, George J.*, Law Enforcement, Malfeasance, and Compensation of Enforcers, 3 J. Leg. Stud. 1–18 (1974).
- Becker, Michael / Zimmerling, Ruth*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Politik und Recht, PVS Sonderheft Nr. 36, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 9–29 (zit. *M. Becker / Zimmerling*, PVS Sonderheft Nr. 36).
- Becker, Thomas*, Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz – Eine systematische Darstellung der Grundlagen des Rechts der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Recht & Wirtschaft, Heidelberg 1986.
- Becker, Ulrich / Roth, Markus* (Hrsg.), Recht der Älteren, De Gruyter, Berlin 2013.
- Beckmann, Martin A. / Fisahn, Andreas*, Probleme des Handels mit Verschmutzungsrechten – eine Bewertung ordnungsrechtlicher und marktgesteuerter Instrumente in der Umweltpolitik, ZUR 2009, S. 299–307.
- Beever, Allan*, Forgotten Justice – The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory, Oxford University Press, Oxford 2013.
- Behrends, Okko*, Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts, in: Bydlinski, Franz / Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Springer, Wien, New York 1994, S. 1–33.

- Behrens, Peter*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts – Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986.
- Utilitaristische Ethik – Ökonomische Analyse des Rechts, in: Bydlinski, Franz / Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Springer, Wien, New York 1994, S. 35–51.
- Bekker, Ernst Immanuel*, System des heutigen Pandektenrechts – Erster Band, Böhlau, Weimar 1886 (zit. *Bekker*, System des heutigen Pandektenrechts, Bd. I).
- Beljin, Saša*, Rights in EU Law, in: Prechal, Sacha / van Roermund, Bert (Hrsg.), The Coherence of EU Law – The Search for Unity in Divergent Concepts, Oxford University Press, Oxford, New York 2008, S. 91–122.
- Bell, Abraham / Parchomovsky, Gideon*, The Case for Imperfect Enforcement of Property Rights, 160 U. Pa. L. Rev. 1927–1954 (2012).
- Bemelmans-Videc, Marie-Louise / Rist, Ray C. / Vedung, Evert* (Hrsg.), Carrots, Sticks & Sermons – Policy Instruments and Their Evaluation, Transaction Publishers, New Brunswick u.a. 1998.
- Benkard, Georg* (Hrsg.), Patentgesetz – Gebrauchsmustergesetz, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Benkard, Patentgesetz).
- Ben-Shahar, Omri / Logue, Kyle D.*, Outsourcing Regulation: How Insurance Reduces Moral Hazard, 111 Mich. L. Rev. 197–248 (2012).
- Ben-Shahar, Omri / Schneider, Carl E.*, The Failure of Mandated Disclosure, 159 U. Pa. L. Rev. 647–749 (2011).
- Bentham, Jeremy*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation – A New Edition, Corrected by the Author, Pickering, London 1823.
- Benz, Arthur*, Politik in Mehrebenensystemen, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2009.
- Benz, Arthur / Dose, Nicolai*, Von der Governance-Analyse zur Policytheorie, in: dies. (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen – Eine Einführung, 2. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 251–276.
- Benz, Arthur / Lütz, Susanne / Schimank, Uwe / Simonis, Georg*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Governance – Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, S. 9–25.
- Bercusson, Brian*, Economic Policy: State and Private Ordering, in: Daintith, Terence (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches, De Gruyter, Berlin, New York 1988, S. 359–420.
- Berger, Christian*, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.
- Bergmann, Andreas*, Die Rechtsfolgen des ungerechten Vertrages – Die Grundlegung einer Lehre der materiellen Vertragsgerechtigkeit, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Bernstein, Marver H.*, Regulating Business by Independent Commission, Princeton University Press, Princeton N.J. 1955.
- Beseler, Georg*, System des gemeinen deutschen Privatrechts – Erste Abtheilung: Allgemeiner Theil. Das gemeine Landrecht, 3. Aufl., Weidmann, Berlin 1873 (zit. *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I).
- Bethge, Herbert*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Vahlen, München 1977.
- Bettermann, Karl August*, Anmerkung – zu BGH, Beschl. v. 22.3.1976, GSZ 1/75, DVBl 1977, S. 180–183.
- Vom Rechtsschutz und Rechtsweg des Bürgers gegen Rundfunk-Rufmord – Bemerkungen zu BGHZ 66, 182 = NJW 1976, 1198, NJW 1977, S. 513–519.

- Bieder, Marcus*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, C.H. Beck, München 2007.
- Bierling, Ernst Rudolph*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe – Zweiter Theil, Perthes, Gotha 1883 (zit. *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. II).
- Binder, Jens-Hinrich*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Binding, Karl*, Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer – nach BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß. Kritische Betrachtungen eines Kriminalisten, Engelmann, Leipzig 1908.
- Bishop, W.*, Economic Loss in Tort, Oxford J. L. Stud. 2 (1982), S. 1–29.
- Bitter, Stephan*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union – Der Begriff und seine Funktion im europäischen Rechtsschutzsystem, Springer, Heidelberg 2011.
- Bittmann, Folker*, Rechtsfragen um den Einsatz des Wirtschaftsreferenten, wistra 2011, S. 47–55.
- Bittner, Claudia*, Höchststrichterliche Ankündigungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, S. 645–653.
- Black, Duncan*, On the Rationale of Group Decision-making, 56 J. Pol. Econ. 23–34 (1948).
- Black, Julia*, Critical Reflections on Regulation, 27 Austl. J. Leg. Phil. 1–35 (2002).
- Blackstone, William*, Commentaries on the Laws of England – Book the First, Clarendon Press, Oxford 1765 (zit. *Blackstone*, Commentaries on the Laws of England, Bd. I).
- Blum, Sonja / Schubert, Klaus*, Politikfeldanalyse, 2. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2011.
- Blumenthal, Julia von*, Governance – eine kritische Zwischenbilanz, ZPol 15 (2005), S. 1149–1180.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Westdeutscher Verlag, Opladen 1973.
- Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, S. 1529–1538.
 - Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart – aus: FG Wolfgang Hefermehl, 1972, S. 11–36, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 395–431.
 - Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat – aus: FS Otto Brunner, 1963, S. 248–277, in: ders. (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 131–171.
 - Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 29 (1990), S. 1–31.
 - Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: Münkler, Herfried / Fischer, Karsten (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht – Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Akademie Verlag, Berlin 2002, S. 43–63.
- Boettcher, Erik*, Die Genossenschaft im Verhältnis zu erwerbswirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen sowie zur Gemeinnützigkeit, in: Engelhardt, Werner W. / Thiemeyer, Theo (Hrsg.), Genossenschaft – quo vadis? – Eine neue Anthologie, ZögU Beiheft Nr. 11, Nomos, Baden-Baden 1988, S. 83–101 (zit. *Boettcher*, ZögU Beiheft Nr. 11).
- Bogdandy, Armin von / Ioannidis, Michael*, Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done, CMLR 51 (2014), S. 59–96.
- Böhm, Franz*, Wettbewerb und Monopolkampf – Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, C. Heymanns, Berlin 1933.

- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), S. 75–151.
- Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, ORDO 22 (1971), S. 11–27.
- Böbret, Carl*, Wenn wir wüßten, wie Gesetze wirken...! – Anmerkungen zur ex-ante-Prüfung von Rechtsvorschriften, in: Letzgus, Klaus/Hill, Hermann u. a. (Hrsg.), Für Recht und Staat – Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag, C.H. Beck, München 1994, S. 487–500 (zit. *Böbret*, in: FS Helmrich).
- Böbret, Carl/Konzendorf, Götz*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung – Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Berlin Stuttgart 2000.
- /– Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) – Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Nomos, Baden-Baden 2001.
- Böse, Martin*, Strafbarkeit juristischer Personen – Selbstverständlichkeit oder Paradigmenwechsel im Strafrecht, ZStW 126 (2014), S. 132–165.
- Bovens, Luc*, The Ethics of Nudge, in: Grüne-Yanoff, Till/Hansson, Sven Ove (Hrsg.), Preference Change – Approaches from Philosophy, Economics and Psychology, Springer, Dordrecht, Heidelberg 2009, S. 207–219.
- Braithwaite, John*, Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty, 27 Austl. J. Leg. Phil. 47–82 (2002).
- The Essence of Responsive Regulation, 44 UBC L. Rev. 475–520 (2011).
- Brandt, Richard B.*, Einige Vorzüge einer bestimmten Form des Regelutilitarismus, in: Höffe, Otfried (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik – Klassische und zeitgenössische Texte, 5. Aufl., Francke, Tübingen, Basel 2013, S. 181–219.
- Braun, Dietmar*, s. v. Steuerungstheorien, in: Nohlen, Dieter/Schultze, Rainer-Olaf (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft – Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. II, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2005, S. 971–977.
- Breuer, Rüdiger*, Konditionale und finale Rechtsetzung, AöR 127 (2002), S. 523–574.
- Brewer, Garry D.*, The Policy Sciences Emerge: To Nurture and Structure a Discipline, Policy Sciences 5 (1974), S. 239–244.
- Breyer, Stephen*, Regulation and Its Reform, Harvard University Press, Cambridge/London 1982.
- Breyer, Stephen G./Stewart, Richard B./Sunstein, Cass R./Vermeule, Adrian/Herz, Michael E.*, Administrative Law and Regulatory Policy – Problems, Text, and Cases, 7. Aufl., Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2011.
- Britz, Gabriele*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069–1074.
- Broad, Charlie Dunbar*, Five Types of Ethical Theory, Kegan Paul, London 1930.
- Brockhaus-Enzyklopädie, 21. Aufl., Brockhaus, Leipzig [u. a.] 2006.
- Brodley, Joseph F.*, Colloquium: The Deregulation of Industry – Introduction: The Search for Limits and the Quest for Theory, 51 Ind. L. J. 682–685 (1976).
- Brohm, Winfried*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 30 – Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, De Gruyter, Berlin 1972, S. 245–312 (zit. *Brohm*, in: VVDStRL 30).
- Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?, NJW 2001, S. 1–10.
- Broß, Siegfried*, Daseinsvorsorge – Wettbewerb – Gemeinschaftsrecht, JZ 2003, S. 874–879.
- Wirtschaftsordnung und Verfassung – einige kritische Betrachtungen, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph Alexander u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum

70. Geburtstag – 1. Teilband: Deutsches Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 3–16 (zit. *Broß*, in: FS Stürner, Bd. I).
- Brugger, Winfried*, Gemeinwohl als Integrationskonzept von Rechtssicherheit, Legitimität und Zweckmäßigkeit, in: Brugger, Winfried / Kirste, Stephan / Anderheiden, Michael (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Nomos, Baden-Baden 2002, S. 17–40.
- Bruijn, Hans A. de / Hufen, Hans A. M.*, The traditional approach to policy instruments, in: Peters, B. Guy / van Nispen, Frans K. M. (Hrsg.), Public Policy Instruments – Evaluating the Tools of Public Administration, Elgar, Cheltenham [u. a.] 1998, S. 11–32.
- Bruns, Alexander*, Zivilrichterliche Rechtsschöpfung und Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 162–171.
- Bubb, Ryan / Pildes, Richard H.*, How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why, 127 Harv. L. Rev. 1593–1678 (2014).
- Buchanan, James M. / Tullock, Gordon*, The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy, Liberty Fund, Indianapolis / Ind 1999.
- Bucher, Eugen*, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg Suisse (Hrsg.), Mélanges en l'Honneur de Henri Deschenaux – publiés à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 1977, S. 249–269 (zit. *Bucher*, in: FS Deschenaux).
- Bücher-Ubder, Willi / Hiebinger, Rudolf / Menzel, Wolfgang*, Voraussetzungen für ein „Lehrbuch des Staatsrechts der Deutschen Demokratischen Republik“ schaffen!, Staat und Recht 12 (1963), S. 283–297.
- Bucy, Pamela H.*, Private Justice, 76 S. Cal. L. Rev. 1–160 (2002).
- Bull, Hans Peter*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Athenäum, Kronberg / Ts. 1977.
- Bullinger, Martin*, Öffentliches Recht und Privatrecht, Kohlhammer, Stuttgart u. a. 1968.
- Öffentliches Recht und Privatrecht in Geschichte und Gegenwart, in: Löwisch, Manfred / Schmidt-Leithoff, Christian / Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1991, S. 69–91 (zit. *Bullinger*, in: FS Rittner).
 - Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 239–260.
- Bülow, Oskar*, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), S. 1–109.
- Bumke, Christian*, Der Grundrechtsvorbehalt – Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Nomos, Baden-Baden 1998.
- Die Entwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos, Baden-Baden 2004, S. 73–130.
 - Ausgestaltung von Grundrechten – Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit, Mohr Siebeck, Tübingen 2009.
 - Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung – Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle, Der Staat 49 (2010), S. 77–105.

- Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechtserzeugung, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 33–47.
- Rechtsdogmatik – Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, S. 641–650.
- Bumke, Christian/Röthel, Anne* (Hrsg.), Privates Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- /– Auf der Suche nach einem Recht des Privaten Rechts, in: dies. (Hrsg.), Privates Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 1–20.
- Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau* (Hrsg.), Neue und modifizierte Rechtsformen der Bodennutzung (Münchener Gutachten) – Als gutachterliche Stellungnahme erarbeitet von der vom Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau eingesetzten Expertengruppe „Reform der Eigentumsordnung“, Bonn 1977.
- Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht*, Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe Stiftungsrecht vom 19. Oktober 2001.
- Burgi, Martin*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe – Staatsaufgabendogmatik, Phänomenologie, Verfassungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, S. 601–607.
- § 75 Privatisierung, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2006, S. 205–241 (zit. *Burgi*, in: HStR, Bd. IV).
- Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf – Gutachten D für den 67. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2008 (zit. *Burgi*, Gutachten D für den 67. DJT).
- § 18 Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1257–1318 (zit. *Burgi*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I).
- Die Energiewende und das Recht, JZ 2013, S. 745–753.
- Burrows, Andrew*, The Relationship between Common Law and Statute in the Law of Obligations, L.Q.R. 128 (2012), S. 232–259.
- Busche, Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Bußhoff, Heinrich*, Gemeinwohl als Wert und Norm – Zur Argumentations- und Kommunikationskultur der Politik, Nomos, Baden-Baden 2001.
- Bydlinski, Franz*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Springer, Wien/New York 1967.
- Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Springer, Wien/New York 1991.
- Sonderprivatrechte – Was ist das?, in: Doralt, Peter/Nowotny, Christian (Hrsg.), Kontinuität und Wandel – Beiträge zum Unternehmensrecht – Festschrift für Walther Kastner zum 90. Geburtstag, Orac, Wien 1992, S. 71–83 (zit. *Bydlinski*, in: FS Kastner).
- Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), S. 319–351.
- „Privatrechtsgesellschaft“ und Rechtssystem, in: Schmidt, Karsten/Schwark, Eberhard (Hrsg.), Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung – Festschrift für Peter Raisch zum 70. Geburtstag, C. Heymanns, Köln u. a. 1995, S. 7–23 (zit. *Bydlinski*, in: FS Raisch).
- System und Prinzipien des Privatrechts, Springer, Wien 1996.
- Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), S. 309–395.

- Cain, Daylian M. / Loewenstein, George F. / Moore, Don A., When Sunlight Fails to Disinfect: Understanding the Perverse Effects of Disclosing Conflicts of Interest, 37 Journal of Consumer Research 836–857 (2011).
- Calabresi, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale L. J. 499–553 (1961).
- Calabresi, Guido / Melamed, A. Douglas, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089–1128 (1972).
- Calliess, Christian, Öffentliches und privates Nachbarrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Überlegungen am Beispiel der Genehmigungsfreistellung im Bauordnungsrecht, Die Verwaltung 34 (2001), S. 169–204.
- Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV / AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Calliess / Ruffert, EUV/AEUV).
- Calliess, Galf-Peter, Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?, in: Calliess, Galf-Peter / Fischer-Lescano, Andreas u.a. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, De Gruyter Recht, Berlin 2009, S. 465–479 (zit. *G.-P. Calliess*, in: FS Teubner).
- Calzolari, Giacomo / Nardotto, Mattia, Nudging with Information: A Randomized Field Experiment, Manuskript 2014.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, C.H. Beck, München 1971.
- Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Jakobs, Horst Heinrich / Knobbe-Keuk, Brigitte u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag – 12. September 1978, Bd. I, O. Schmidt, Köln 1978, S. 371–427 (zit. *Canaris*, in: FS Flume, Bd. I).
 - Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1983.
 - Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Müller, Heidelberg 1983.
 - Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1983.
 - Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 201–246.
 - Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993–1003.
 - Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Grazer Universitätsreden 50 (1993), S. 23–41.
 - Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura, Peter / Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, C.H. Beck, München 1993, S. 873–891 (zit. *Canaris*, in: FS Lerche).
 - Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Kommission bei der C.H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, München 1997.
 - Grundrechte und Privatrecht – Eine Zwischenbilanz; Stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 10. Juni 1998, De Gruyter, Berlin 1999.
 - Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 273–364.

- Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer, Hartmut/Czybulka, Detlef u.a. (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht – Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, 16./17. November 2001, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, S. 29–67 (zit. *Canaris*, in: FS R. Schmidt).
- Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungsrechts, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, De Gruyter Recht, Berlin 2003, S. 1073–1096 (zit. *Canaris*, in: FS Ulmer).
- Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002 – Schuldrechtsmodernisierung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2003, S. 5–100.

Carpenter, Christopher S./Stein, Mark, Intended and Unintended Consequences of Youth Bicycle Helmet Laws, 54 J. L. & Econ. 305–324 (2011).

Cary, William L., Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware, 83 Yale L. J. 663–705 (1974).

Classen, Claus Dieter, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts? – Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts, VerwArch 88 (1997), S. 645–678.

- Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), S. 65–107.
- Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt – Zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung, JZ 2003, S. 693–701.

Clérico, Laura, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Nomos, Baden-Baden 2001.

Coase, Ronald H., The Nature of the Firm, 4 *Economica* 386–405 (1937).

- The Problem of Social Cost, 3 J. L. & Econ. 1–44 (1960).
- Law and Economics at Chicago, 36 J. L. & Econ. 239–254 (1993).

Coester-Waltjen, Dagmar, Die Theorie der Privatrechtsgesellschaft – Wirkkraft der Theorie im heutigen Familienrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 271–294.

Coffee, John C., Jr., The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role, 89 *Colum. L. Rev.* 1618–1691 (1989).

- Gatekeepers – The professions and corporate governance, Oxford University Press, Oxford 2006.

Cohen, Felix S., Transcendental Nonsense and the Functional Approach, 35 *Colum. L. Rev.* 809–849 (1935).

Cohen, Morris R., The Basis of Contract, 46 *Harv. L. Rev.* 553–592 (1933).

Coing, Helmut, System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, S. 481–485.

- Bentham's Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre, ARSP 54 (1968), S. 69–88.
- Europäisches Privatrecht – Band I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), C.H. Beck, München 1985 (zit. *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I).

Colburn, Ben, Autonomy and Adaptive Preferences, *Utilitas* 23 (2011), S. 52–71.

Coleman, Jules L., The Grounds of Welfare – Review of Fairness Versus Welfare, by Louis Kaplow & Steven Shavell. Cambridge: Harvard University Press, 2002, 112 Yale L. J. 1511–1543 (2003).

Collins, Hugh, Regulating Contracts, Oxford University Press, Oxford 1999.

- The Hybrid Quality of European Private Law, in: Brownsword, Roger/Micklitz, Hans-Wolfgang u. a. (Hrsg.), *The Foundations of European Private Law*, Hart, Oxford, Portland, Or 2011, S. 453–463.
- The Impact of Human Rights Law on Contract Law In Europe, *EBLR* 22 (2011), S. 425–435.
- Conze, Werner*, Staat und Gesellschaft in der frührevolutionären Epoche Deutschlands – aus: *Historische Zeitschrift*, Bd. 186, 1958, S. 1–34, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 37–76.
- Cooter, Robert D.*, Prices and Sanctions, 84 *Colum. L. Rev.* 1523–1560 (1984).
- Cooter, Robert D. / Marks, Stephen / Mnookin, Robert*, Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, 11 *J. Leg. Stud.* 225–251 (1982).
- Cooter, Robert D. / Ulen, Thomas S.*, *Law & Economics*, 6. Aufl., Pearson, Boston 2012.
- Cordes, Joseph J.*, Corrective Taxes, Charges, and Tradable Permits, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), *The Tools of Government – A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, S. 255–281.
- Cornelius, Kai*, Plädoyer für einen Cybermobbing-Straftatbestand, *ZRP* 2014, S. 164–167.
- Cornils, Matthias*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte – Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, *DVBl* 2011, S. 1053–1061.
- Cosack, Konrad*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich – Erster Band: Die allgemeinen Lehren und das Recht der Forderungen, Fischer, Jena 1898 (zit. *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I).
- Craig, Paul P.*, Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law, *Oxford J. L. Stud.* 12 (1992), S. 453–479.
- Craig, Paul P. / Búrca, Gráinne de*, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 6. Aufl., Oxford University Press, Oxford 2015.
- Crezelius, Georg*, Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung – Grundlagen für eine liberale Besteuerungspraxis, *Neue Wirtschafts-Briefe*, Herne 1983.
- Cushman, Barry*, *NFIB v. Sebelius and the Transformation of the Taxing Power*, 89 *Notre Dame L. Rev.* 133–198 (2013).
- Cziupka, Johannes*, Dispositives Vertragsrecht – Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Dagan, Hanoch*, The Limited Autonomy of Private Law, 56 *Am. J. Comp. L.* 809–834 (2008).
- Pluralism and Perfectionism in Private Law, 112 *Colum. L. Rev.* 1409–1446 (2012).
- Dagan, Hanoch / Dorfman, Avihay*, *The Justice of Private Law*, Manuskript 2014.
- Dahm, Georg*, *Deutsches Recht – Die geschichtlichen und dogmatischen Grundlagen des geltenden Rechts: Eine Einführung*, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 1963.
- Dabrendorf, Ralf*, Einführung in die Soziologie, *Soziale Welt* 40 (1989), S. 2–10.
- Daintith, Terence*, Law as a Policy Instrument – Comparative Perspective, in: ders. (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches*, De Gruyter, Berlin, New York 1988, S. 3–55.
- (Hrsg.), *Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches*, De Gruyter, Berlin/New York 1988.

- Dambeck, Holger*, BGH-Urteil zum Fahrradhelm – Auch oben ohne ist vernünftig, 2014, <http://www.spiegel.de/reise/aktuell/kommentar-zum-bgh-urteil-auch-ohne-fahradhelm-ist-vernuenftig-a-975713.html>.
- Dann, Philipp*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), S. 630–646.
- Danner, Wolfgang / Theobald, Christian* (Hrsg.), *Energierrecht – Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen*, Stand: 84. EL., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: *Danner / Theobald, Energierrecht*).
- Darwitz, Thomas von*, Was ist eigentlich Regulierung?, *DÖV* 2004, S. 977–985.
- Danz, Erich*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte – Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Thatfrage, G. Fischer, Jena 1897.
- Däubler, Wolfgang*, Zur aktuellen Bedeutung des Fideikommißverbots, *JZ* 1969, S. 499–502.
- Dauner-Lieb, Barbara*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher – Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Duncker & Humblot, Berlin 1983.
- Kein Kostenersatz bei Selbstvornahme des Käufers – Roma locuta, causa finita!?, *ZGS* 2005, S. 169–173.
- Dausies, Manfred A.* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Stand: 37. EL., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: *Dausies, EU-Wirtschaftsrecht*).
- Davidson, Nestor M.*, Standardization and Pluralism in Property Law, 61 *Vand. L. Rev.* 1597–1663 (2008).
- Davies, Gareth*, Freedom of Contract and the Horizontal Effect of Free Movement Law, in: *Leczykiewicz, Dorota / Weatherill, Stephen* (Hrsg.), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Hart, Oxford 2013, S. 53–69.
- Debreu, Gerard*, *Theory of Value – An Axiomatic Analysis Of Economic Equilibrium*, Yale University Press, New Haven & London 1959.
- Dechsling, Rainer*, Das Verhältnismäßigkeitsgebot – Eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, *Vahlen*, München 1989.
- Deckert, Martina Renate*, *Folgenorientierung in der Rechtsanwendung*, C.H. Beck, München 1995.
- den Hertog, Johan*, Economic theories of regulation, in: *van den Bergh, Roger J. / Paces, Alessio M.* (Hrsg.), *Regulation and Economics*, Elgar, Northampton 2010, S. 25–95.
- Denninger, Erhard / Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schneider, Hans-Peter / Stein, Ekkehart* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – [Alternativkommentar]*, 3. Aufl., Luchterhand, Neuwied 2002 (zit. *Bearbeiter*, in: *AK-GG*).
- Deregulierungskommission*, *Markttöffnung und Wettbewerb*, C.E. Poeschel, Stuttgart 1991.
- Derleder, Peter / Sommer, Jörg H.*, Die Nacherfüllung nach arglistiger Täuschung, *JZ* 2007, S. 338–343.
- Deter, Gerhard*, Allodifikation, Grundablösung und das Entschädigungsproblem, *ZRG RA* 130 (2013), S. 205–237.
- Deutsches Aktieninstitut*, Aktionärszahlen 2014, 2015, https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/studien/2015-02-12%20DAI%20Aktionaerszahlen%202014.pdf.
- Di Fabio, Udo*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 56 – Kontrolle der auswärtigen Gewalt. Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesell-*

- schaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, De Gruyter, Berlin, New York 1997, S. 235–282 (zit. *Di Fabio*, in: VVDStRL 56).
- Das Kooperationsprinzip – ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Umweltrechts, NVwZ 1999, S. 1153–1158.
 - Privatisierung und Staatsvorbehalt – Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, JZ 1999, S. 585–592.
 - Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, S. 1–8.
- Di Robilant, Anna*, Property and Democratic Deliberation – The Numerus Clausus Principle and Democratic Experimentalism in Property Law, 62 Am. J. Comp. L. 367–416 (2014).
- Dieckmann, Andreas*, Öffentlich-rechtliche Normen im Vertragsrecht, AcP 213 (2013), S. 1–45.
- Diederichsen, Uwe*, Die „reductio ad absurdum“ in der Jurisprudenz, in: Paulus, Gottfried/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1973, S. 155–179 (zit. *Diederichsen*, in: FS Larenz).
- Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), S. 171–260.
- Diekmann, Andreas*, Die Befolgung von Gesetzen – Empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie, Duncker & Humblot, Berlin 1980.
- Die Rolle von Normen, Bezugsgruppen und Sanktionen bei Ladendiebstählen, Wien 1980.
- Dilcher, Hermann*, Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen, NJW 1960, S. 1040–1043.
- Dixit, Avinash*, Governance Institutions and Economic Activity, 99 AER 3–24 (2009).
- Donohue, John J. / Levitt, Steven D.*, The Impact of Legalized Abortion on Crime, 116 Q. J. Econ. 379–420 (2001).
- Doralt, Walter / Hellgardt, Alexander / Hopt, Klaus J. / Leyens, Patrick C. / Roth, Markus / Zimmermann, Reinhard*, Auditors' Liability and its Impact on the European Financial Markets, C.L.J. 67 (2008), S. 62–68.
- Dose, Nicolai*, Problemorientierte staatliche Steuerung – Ansatz für ein reflektiertes Policy-Design, Nomos, Baden-Baden 2008.
- Dougan, Michael*, Minimum Harmonization and the Internal Market, CMLR 37 (2000), S. 853–885.
- National Remedies Before the Court of Justice – Issues of Harmonisation and Differentiation, Hart, Oxford 2004.
- Downs, Anthony*, An Economic Theory of Democracy, Harper & Row, New York 1957.
- Dreher, Sabine*, s.v. Regulation, in: Nohlen, Dieter/Schultze, Rainer-Olaf (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft – Theorien, Methoden, Begriffe, Bd. II, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2005, S. 852–853.
- Dreier, Ralf*, Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, RTh 2 (1971), S. 37–54.
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot*, Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz – Kunsturhebergesetz, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze, UrhG).
- Drexler, Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.

- Drobnig, Ulrich*, Der Vertrag in einer plangelenkten Staatswirtschaft – Zum Vertragsgesetz der „DDR“ vom 11. Dezember 1957, JZ 1960, S. 233–240.
- Drüen, Klaus-Dieter*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Duden, Das Herkunftswörterbuch – Etymologie der deutschen Sprache, 4. Aufl., Dudenverlag, Mannheim u. a. 2006.
- Duden: Das große Wörterbuch der deutschen Sprache – In zehn Bänden, 3. Aufl., Dudenverlag, Mannheim 1999.
- Dürig, Günter*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, Diss. Ludwig-Maximilians-Universität, München 1949.
- Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Maunz, Theodor (Hrsg.), Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung – Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, Isar Verl, München 1956, S. 157–190 (zit. *Dürig*, in: FS Nawiasky).
 - Grundrechtsverwirklichung auf Kosten von Grundrechten, in: Summum ius summa iniuria – Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben. Ringvorlesung, gehalten von Mitgliedern der Tübinger Juristenfakultät im Rahmen des Dies academicus Wintersemester 1962/63, J.C.B. Mohr, Tübingen 1963, S. 80–96.
- Dutta, Anatol*, Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Durchsetzung ihrer öffentlichrechtlichen Forderungen, EuR 2007, S. 744–767.
- Die neuen Haftungsregeln für Ratingagenturen in der Europäischen Union: Zwischen Sachrechtsvereinheitlichung und europäischem Entscheidungseinklang, WM 2013, S. 1729–1736.
 - Von der *pia causa* zur privatnützigen Vermögensbindung: Funktionen der Stiftung in den heutigen Privatrechtskodifikationen, RabelsZ 77 (2013), S. 828–842.
 - Warum Erbrecht? – Das Vermögensrecht des Generationenwechsels in funktionaler Betrachtung, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Dworkin, Ronald*, The Model of Rules, 35 U. Chi. L. Rev. 14–46 (1967).
- No Right Answer?, in: Hacker, Peter M. S./Raz, Joseph (Hrsg.), Law, Morality, and Society – Essays in honour of H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford 1977, S. 58–84 (zit. *Dworkin*, in: FS H.L.A. Hart).
 - Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge 1978.
- Dyck, Alexander/ Moss, David/ Zingales, Luigi*, Media versus Special Interests, 56 J. L. & Econ. 521–553 (2013).
- Easterbrook, Frank H./ Fischel, Daniel R.*, The Economic Structure of Corporate Law, Harvard University Press, Cambridge/Mass 1991.
- Eberle, Dagmar*, Governance in der politischen Ökonomie II: Corporate Governance, in: Benz, Arthur/Dose, Nicolai (Hrsg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen – Eine Einführung, 2. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 155–173.
- Ebert, Ina*, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, S. 1761–1764.
- Pönale Elemente im deutschen Privatrecht – Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Ebner, Markus*, Grundfragen zum Fahrverbot und zur Entziehung der Fahrerlaubnis nach Steuerstraftaten, NZV 2014, S. 391–393.
- Eckert, Jörn*, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland – Studien zum Absterben eines Rechtsinstitutes, P. Lang, Frankfurt am Main, New York 1992.
- Economic Advisory Group on Competition Policy*, Report „An economic approach to Article 82“, 2005, http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.

- Ehlermann, Claus-Dieter*, Ein Plädoyer für die dezentrale Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten, in: Capotorti, Francesco/Ehlermann, Claus-Dieter u. a. (Hrsg.), *Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden 1987, S. 205–226 (zit. *Ehlermann*, in: *Liber Amicorum Pescatore*).
- Ehmke, Horst*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem – aus: FG Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, 1962, S. 23–49, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), *Staat und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 241–274.
- Ehrlich, Eugen*, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, G. Fischer, Jena 1899.
- Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1967, S. 170–202.
 - *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1967.
 - Über Lücken im Rechte, in: ders. (Hrsg.), *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1967, S. 80–169.
- Ehrlich, Isaac/Posner, Richard A.*, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 J. Leg. Stud. 257–286 (1974).
- Eichenhofer, Eberhard*, Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von Vorbehaltseigentum, AcP 185 (1985), S. 162–201.
- Eichhorn, Carl Friedrich*, *Einleitung in das deutsche Privatrecht – mit Einschluß des Lehenrechts*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1823.
- Eidenmüller, Horst*, *Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse*, AcP 197 (1997), S. 80–135.
- Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, JZ 1999, S. 53–61.
 - Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, S. 216–224.
 - Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
 - Recht als Produkt, JZ 2009, S. 641–653.
 - Liberaler Paternalismus, JZ 2011, S. 814–821.
 - (Hrsg.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, C.H. Beck; Hart; Nomos, München u. a. 2013.
 - What can be wrong with an option? An optional Common European Sales Law as a regulatory tool, CMLR 50 (2013), S. 69–84.
- Eidenmüller, Horst/Engert, Andreas*, Die angemessene Höhe des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, AG 2005, S. 97–108.
- Eifert, Martin*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, Nomos, Baden-Baden [u. a.] 1998.
- § 19 Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1319–1394 (zit. *Eifert*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I).
 - Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 79–96.

- Eifler, Stefanie*, Die Definition der Situation und die Befolgung oder Inanspruchnahme von Gesetzen, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), Kraft Gesetz – Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 91–117.
- Eilmansberger, Thomas*, The relationship between rights and remedies in EC law: In search of the missing link, CMLR 41 (2004), S. 1199–1246.
- Eisele, Jörg / Koch, Jens / Theile, Hans* (Hrsg.), Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Eleftheriadis, Pavlos*, The Analysis of Property Rights, Oxford J. L. Stud. 16 (1996), S. 31–54.
- Ellger, Reinhard*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Privatrecht – Die Einwirkung von Artt. 8 und 10 EMRK auf die deutsche Privatrechtsordnung, RabelsZ 63 (1999), S. 625–664.
- Elster, Jon*, Sour Grapes – Studies in the subversion of rationality, Cambridge University Press, Cambridge u. a. 1983.
- Engel, Christoph*, Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln – Rechtspolitische und verfassungsrechtliche Überlegungen am Beispiel des Haftungsrechts, JZ 1995, S. 213–218.
- Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente, in: Engel, Christoph/Morlok, Martin (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung – Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie, Mohr Siebeck, Tübingen 1998, S. 173–205.
 - Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft – Die Aufgabe der Rechtswissenschaft nach der Öffnung der Rechtsordnung für sozialwissenschaftliche Theorie, in: ders. (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, Nomos, Baden-Baden 1998, S. 11–40.
 - Offene Gemeinwohldefinitionen, RTh 32 (2001), S. 23–52.
 - Das legitime Ziel als Element des Übermaßverbots – Gemeinwohl als Frage der Verfassungsdogmatik, in: Brugger, Winfried/Kirste, Stephan/Anderheiden, Michael (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Nomos, Baden-Baden 2002, S. 103–172.
 - Die soziale Funktion des Eigentums, in: Danwitz, Thomas von/Depenheuer, Otto/Engel, Christoph (Hrsg.), Bericht zur Lage des Eigentums, Springer, Berlin 2002, S. 9–107.
 - § 33 Freiheit und Autonomie, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Bd. II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, C.F. Müller, Heidelberg 2006, S. 389–436 (zit. *Engel*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II).
 - Inconsistency in the Law: In Search of a Balanced Norm, in: Engel, Christoph/Daston, Lorraine (Hrsg.), Is there Value in Inconsistency?, Nomos, Baden-Baden 2006, S. 221–281.
 - Schlußwort: Vom Wert der Jurisprudenz als einer politischen Wissenschaft, JZ 2006, S. 1118–1119.
 - Wiedergelesen, JZ 2006, S. 614.
 - Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition – Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 205–240.
 - Verhaltenswissenschaftliche Analyse – eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: Engel, Christoph/Englerth, Markus u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten – Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 363–405.

- Engel, Christoph / Goerg, Sebastian J. / Yu, Gaoneng*, Symmetric vs. Asymmetric Punishment Regimes for Bribery, Manuskript 2012.
- Engel, Martin*, Erwidrerung: Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, S. 1096–1100.
- Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, S. 538–561.
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Winter, Heidelberg 1935.
- Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Winter, Heidelberg 1963.
 - Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Winter, Heidelberg 1968.
- Englerth, Markus*, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in: Engel, Christoph / Englerth, Markus u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten – Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 60–130.
- Enneccerus, Ludwig*, Das Bürgerliche Recht: eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs – Erster Band: Einleitung, Allgemeiner Theil, Schuldverhältnisse, Elwert, Marburg 1900 (zit. *Enneccerus*, Das Bürgerliche Recht, Bd. I).
- Enneccerus, Ludwig / Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch – Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1959 (zit. *Enneccerus / Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I).
- Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes – nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes – in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Guttentag, Berlin 1897 (zit. Denkschrift zur Reichstagsvorlage des HGB).
- Epping, Volker / Hillgruber, Christian* (Hrsg.), GG – Beck'scher Online-Kommentar, C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOK GG).
- Epstein, Lee / Landes, William M. / Posner, Richard A.*, Inferring the Winning Party in the Supreme Court from the Pattern of Questioning at Oral Argument, 39 J. Leg. Stud. 433–467 (2010).
- Epstein, Richard A.*, Externalities Everywhere: Morals and the Police Power, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 61–69 (1997).
- Erbguth, Wilfried*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 61 – Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, De Gruyter, Berlin, New York 2002, S. 221–259 (zit. *Erbguth*, in: VVDStRL 61).
- Erman, Walter / Grunewald, Barbara / Westermann, Harm Peter / Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, 14. Aufl., O. Schmidt, Köln 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Erman, BGB).
- Ernst, Cornelia / Rapp, Marc Steffen / Wolff, Michael*, Vergütung von Vorstandsorganen deutscher Aktiengesellschaften – Ergebnisse einer Analyse der deutschen Prime-Standard-Unternehmen, ZCG 2009, S. 53–57.
- Ernst, Wolfgang*, Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel, Christoph / Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 3–49.
- Esser, Hartmut*, Soziologie – Allgemeine Grundlagen, Campus, Frankfurt/Main, New York 1993.

- Esser, Josef*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), S. 97–130.
- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung – Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, 2. Aufl., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt M. 1972.
 - Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts – Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1990 (zit. *Esser*, Grundsatz und Norm).
 - Zur Methodenlehre des Zivilrechts, in: ders. (Hrsg.), Wege der Rechtsgewinnung – Ausgewählte Aufsätze, Mohr Siebeck, Tübingen 1990, S. 307–327.
- Estermann, Josef*, Die Verbindung von Recht und Soziologie als Chimäre, in: Cottier, Michelle / Estermann, Josef / Wrase, Michael (Hrsg.), Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 4.–6. September 2008, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 101–112.
- Etzioni, Amitai*, Opening the preferences: A Socio-economic research agenda, 14 J. Beh. Econ. 183–198 (1985).
- Eucken, Walter*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl., Springer, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1950.
- Fahrenbach, Helmut*, s.v. Deontologie, in: Ritter, Joachim (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie – Band 2: D–F, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1972, S. 114 (zit. *Fahrenbach*, in: HWPh, Bd. II).
- Fastrich, Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, C.H. Beck, München 1992.
- Fehling, Michael*, § 38 Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1457–1521 (zit. *Fehling*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II).
- Fehling, Michael / Ruffert, Matthias* (Hrsg.), Regulierungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Fehr, Ernst / Schmidt, Klaus M.*, Adding a Stick to the Carrot? The Interaction of Bonuses and Fines, 97 AER 177–181 (2007).
- Feintuck, Mike*, Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest, in: Baldwin, Robert / Cave, Martin / Lodge, Martin (Hrsg.), The Oxford Handbook of Regulation, Oxford University Press, Oxford, New York 2010, S. 39–63.
- Feldman, Allan M.*, s.v. welfare economics, in: Durlauf, Steven N. / Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. VII, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 721–731.
- Feldman, Yuval*, Five models of regulatory compliance motivation – empirical findings and normative implications, in: Levi-Faur, David (Hrsg.), Handbook on the Politics of Regulation, Elgar, Cheltenham u. a. 2011, S. 335–346.
- Felix, Dagmar*, Einheit der Rechtsordnung – Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Mohr Siebeck, Tübingen 1998.
- Fell, Harrison / MacKenzie, Ian A. / Pizer, William A.*, Prices versus Quantities versus Bankable Quantities, 34 Resource and Energy Economics 607–623 (2012).
- Fennell, Lee Anne*, Lumpy Property, 160 U. Pa. L. Rev. 1955–1993 (2012).
- Ferrari, Franco / Kieninger, Eva-Maria / Mankowski, Peter / Otte, Karsten / Saenger, Ingo / Schulze, Götz / Staudinger, Ansgar*, Internationales Vertragsrecht – Rom I-VO,

- CISG, CMR, FactÜ, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u. a., Internationales Vertragsrecht).
- Festinger, Leon*, A Theory of Cognitive Dissonance, Stanford University Press, Stanford, CA 1957.
- Festinger, Leon / Carlsmith, James M.*, Cognitive Consequences of Forced Compliance, 58 Journal of Abnormal and Social Psychology 203–210 (1959).
- Fezer, Karl-Heinz*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, S. 817–824.
- Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts, JZ 1988, S. 223–228.
- Fikentscher, Wolfgang*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975 (zit. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II).
- Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, J.C.B. Mohr, Tübingen 1976 (zit. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III).
 - Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung – Band IV: Dogmatischer Teil, J.C.B. Mohr, Tübingen 1977 (zit. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV).
 - Zur Generalklausel des § 242 BGB als Schlüssel des zivilrechtlichen Vertrauensschutzes – „Sonderverbindung“ oder „neue Sachnormen“? – Ein Beitrag zur Rechtsverhaltensforschung, in: Hof, Hagen/Kummer, Hans u. a. (Hrsg.), Recht und Verhalten – Verhaltensgrundlagen des Rechts, zum Beispiel Vertrauen, Nomos, Baden-Baden 1994, S. 165–181.
 - Ein juristisches Jahrhundert, Rechtshistorisches Journal 19 (2000), S. 560–567.
- Finn, Paul*, Statutes and the Common Law: The Continuing Story, in: Corcoran, Suzanne/Bottomley, Stephen (Hrsg.), Interpreting Statutes, Federation Press, Sydney 2005, S. 52–63.
- Fischinger, Philipp S. / Lettmaier, Saskia*, Sachmangel bei Asbestverseuchung – Anwendbarkeit der c.i.c. neben den §§ 434 ff. BGB, NJW 2009, S. 2496–2499.
- Fleckner, Andreas M.*, Das Refinanzierungsregister – Rechtsfolgen der Eintragung und Vorschläge zur Verbesserung, WM 2007, S. 2272–2280.
- s.v. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 45–50 (zit. *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
 - s.v. Gesellschaftsrecht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 734–739 (zit. *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
 - s.v. Reichsoberhandelsgericht (mit Reichsgericht), in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1282–1287 (zit. *Fleckner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Fleiner, Fritz*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen 1913.
- Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht – Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, C.H. Beck, München 2001.
- Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht – Prolegomena zu einer Theorie gesellschaftsrechtlicher Regelsetzung, ZHR 168 (2004), S. 673–707.
 - Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht, ZIP 2006, S. 451–459.

- Der *numerus clausus* der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, in: Eger, Thomas/Bigus, Jochen u. a. (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Internationalization of the Law and its Economic Analysis – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Gabler, Wiesbaden 2008, S. 125–138 (zit. *Fleischer*, in: FS Schäfer).
 - Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 211 (2011), S. 317–351.
 - Gesetzesauslegung durch Befragung von Bundestagsabgeordneten?, NJW 2012, S. 2087–2091.
 - Gesetzesmaterialien im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: ders. (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ – Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 1–44.
- Fleischer, Holger/Hupka, Jan*, Zur Regulierung der Vorstandsvergütung durch das Steuerrecht, DB 2010, S. 601–607.
- Flohr, Martin*, Richter und Universitätsjuristen in England, RabelsZ 77 (2013), S. 322–344.
- Flume, Werner*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Regensburg, Münster 1948.
- Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. I, C.F. Müller, Karlsruhe 1960, S. 135–238 (zit. *Flume*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I).
 - Anmerkung – zu BGH, Urteil v. 8. 12. 1989 – V ZR 246/87, JZ 1990, S. 550–552.
 - Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Springer, Berlin [u. a.] 1992.
 - Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung – Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, S. 1427–1430.
- Fornasier, Matteo*, Anmerkung – zu BGH, Urt. v. 17. 10. 2012 – VIII ZR 226/11, EuZW 2013, S. 159–160.
- Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht – Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Duncker & Humblot, Berlin 2013.
- Forsthoff, Ernst*, Zur Rechtsfindungslehre im 19. Jahrhundert, ZgS 96 (1936), S. 49–70.
- Der Staat in der Industriegesellschaft – Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, C.H. Beck, München 1971.
 - Lehrbuch des Verwaltungsrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., C.H. Beck, München 1973 (zit. *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I).
 - Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: ders. (Hrsg.), Rechtsstaat im Wandel – Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1954–1973, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1976, S. 130–152.
- Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, S. 672–772.
- Fraenkel, Ernst*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 9. Aufl., UTB, Stuttgart 2011.
- Franck, Jens-Uwe*, § 5 Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., De Gruyter, Berlin u. a. 2015, S. 70–93.
- Marktordnung durch Haftung – Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2016.
- Franck, Jens-Uwe/Purnhagen, Kai*, Homo Economicus, Behavioural Sciences, and Economic Regulation: On the concept of Man in Internal Market Regulation and its Norma-

- tive Basis, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), *Law and Economics in Europe – Foundations and Applications*, Springer, Dordrecht u. a. 2014, S. 329–365.
- Frank, Jerome*, Are Judges Human? – Part One: The Effect on Legal Thinking of the Assumption That Judges Behave Like Human Beings, 80 U. Pa. L. Rev. 17–53 (1931).
- Are Judges Human? – Part Two: As Through a Glass Darkly, 80 U. Pa. L. Rev. 233–267 (1931).
- Franken, Alex*, Was ist im deutschen Civilgesetzbuche über die Vindication beweglicher Sachen im Verhältnisse zum redlichen Erwerb zu bestimmen? – Gutachten für den 15. Deutschen Juristentag 1880, in: *Schriftführeramt der Ständigen Deputation* (Hrsg.), *Verhandlungen des Fünfzehnten deutschen Juristentages – Erster Band*, Guttentag, Berlin 1880, S. 13–51; 131–153 (zit. *Franken*, in: *Verhandlungen des 15. DJT*, Bd. I).
- Franzen, Martin*, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, De Gruyter, Berlin 1999.
- Franzius, Claudio*, § 4 Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 179–257 (zit. *Franzius*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I).
- Frenz, Walter*, Das Prinzip widerspruchsfreier Normgebung und seine Folgen, DÖV 1999, S. 41–50.
- Friedman, Lawrence M.*, The Law and Society Movement, 38 Stan. L. Rev. 763–780 (1986).
- Friedman, Milton*, *Capitalism and Freedom – A leading economist's view of the proper role of competitive capitalism*, The University of Chicago Press, Chicago / London 1962.
- Friebe, Tim / Tröger, Tobias H.*, Sequencing of remedies in sales law, Eur. J. L. & Econ. 33 (2012), S. 159–184.
- Fritsch, Michael*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik – Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns*, 9. Aufl., Vahlen, München 2014.
- Fröblich, Ernst*, *Vom Zwingenden und Nichtzwingenden Privatrecht*, H.R. Sauerländer & Co., Zürich 1922.
- Fuchs, Ernst*, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, in: ders. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft – Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Müller, Karlsruhe 1965, S. 65–88.
- Was will die Freirechtsschule?, in: ders. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft – Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre*, Müller, Karlsruhe 1965, S. 21–63.
- Füller, Jens Thomas*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Galiani, Sebastian / Schargrodsky, Ernesto*, Land Property Rights and Resource Allocation, 54 J. L. & Econ. S329 (2011).
- Galle, Brian*, The Tragedy of the Carrots: Economics and Politics in the Choice of Price Instruments, 64 Stan. L. Rev. 797–850 (2012).
- Tax, Command ... or Nudge?: Evaluating the New Regulation, 92 Tex. L. Rev. 837–894 (2014).
- Garnett, Nicole Stelle*, Managing the Urban Commons, 160 U. Pa. L. Rev. 1995–2027 (2012).
- Gaul, Hans Friedhelm*, Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung, AcP 168 (1968), S. 351–382.
- Gaul, Hans Friedhelm / Schilken, Eberhard / Becker-Eberhard, Ekkehard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl., C.H. Beck, München 2010.
- Geest, Gerrit de*, *Removing Rents: Why the Legal System is Superior to the Income Tax at Reducing Income Inequality*, Manuskript 2014.

- Geest, Gerrit de / Dari-Mattiacci, Giuseppe*, The Rise of Carrots and the Decline of Sticks, 80 U. Chi. L. Rev. 341–392 (2013).
- Geiger, Theodor*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 4. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1987.
- Gellermann, Martin*, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande – Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
- Gemin, Christian / Roßnagel, Alexander*, „Privatheit“ und „Privatsphäre“ aus der Perspektive des Rechts – ein Überblick, JZ 2015, S. 703–708.
- Gerber, Carl Friedrich*, Ueber den Begriff der Autonomie, AcP 37 (1854), S. 35–62.
- Gernhuber, Joachim / Coester-Waltjen, Dagmar*, Familienrecht, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2010.
- Giegerich, Thomas*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 69 – Gemeinwohl durch Wettbewerb?, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 57–105 (zit. *Giegerich*, in: VVDStRL 69).
- Gierke, Otto (von)*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Duncker & Humblot, Leipzig 1889.
- Die soziale Aufgabe des Privatrechts – Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Springer, Berlin 1889.
 - Deutsches Privatrecht – Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Duncker & Humblot, Leipzig 1895 (zit. *Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. I).
- Giese, Reinhard / Runde, Peter*, Wirkungsmodell für die empirische Bestimmung von Gesetzeswirkungen – Modellansatz und Anwendung im Rahmen einer Wirkungsanalyse zur Pflegeversicherung, ZfRSoz 20 (1999), S. 14–54.
- Gilbert, Michael D.*, Does Law Matter? Theory and Evidence from Single-Subject Adjudication, 40 J. Leg. Stud. 333–365 (2011).
- Gmür, Rudolf*, Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte – Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden, Stämpfli, Bern 1981.
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2008 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. AktG).
- Goldberg, John C.P.*, Introduction: Pragmatism and Private Law, 125 Harv. L. Rev. 1640–1663 (2012).
- Goldschmidt, Levin*, Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen, ZHR 8 (1865), S. 225–343.
- Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen – (Schluß der Abhandlung Bd. VIII S. 225–342), ZHR 9 (1866), S. 1–74.
- Gordley, James*, Foundations of Private Law – Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, Oxford University Press, Oxford/New York 2006.
- Görlitz, Axel / Burth, Hans-Peter*, Politische Steuerung – Ein Studienbuch, 2. Aufl., Leske + Budrich, Opladen 1998.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: 56. EL., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union).
- Graevenitz, Albrecht von*, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013, S. 169–173.

- Graf, Georg*, Sozialvertragstheorie und Privatrecht, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Springer, Wien, New York 1994, S. 81–104.
- Graf von Kielmansegg, Sebastian*, Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren, JuS 2009, S. 19–23.
- Graf von Krockow, Christian*, Staat, Gesellschaft, Freiheitswahrung – aus: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 7/72, 12. Februar 1972, S. 3–30, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 432–483.
- Gramm, Christof*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Grechenig, Kristoffel/Gelter, Martin*, The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, 31 Hastings Int'l. & Comp. L. Rev. 295–360 (2008).
- Greger, Reinhard*, Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZP 113 (2000), S. 399–412.
- Greiner, Stefan/Benedix, Mathias*, Das Verbrauchsgüterkaufrecht zwischen europarechtlichen Vorgaben und Grenzen des Richterrechts, ZGS 2011, S. 489–497.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 51–78.
- s. v. Zwingendes Recht (Grundlagen), in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1822–1827 (zit. *Grigoleit*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Grimm, Dieter*, Die „Neue Rechtswissenschaft“ – Über Funktion und Formation national-sozialistischer Jurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987, S. 373–395.
- Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987, S. 192–211.
 - Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit – Eine vergleichende Skizze, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987, S. 165–191.
 - Zur politischen Funktionen der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: ders. (Hrsg.), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987, S. 84–103.
 - Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats, in: ders. (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Nomos, Baden-Baden 1990, S. 291–306.
 - Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Münkler, Herfried/Fischer, Karsten (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht – Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Akademie Verlag, Berlin 2002, S. 125–139.
 - Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Grimm, Jacob/Grimm, Wilhelm* (Hrsg.), Deutsches Wörterbuch – Bd. 1: A – Biermolke, Hirzel, Leipzig 1854.
- Großfeld, Bernhard*, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, C.F. Müller, Heidelberg/Karlsruhe 1977.
- Grünberger, Michael*, Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle – Wege zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung in Führungspositionen der Wirtschaft, RW 2012, S. 1–45.

- Gründler, Sabine / Schiefer, Katrin*, Familienleitbilder unter dem Regenbogen – Akzeptanz von Regenbogenfamilien in Deutschland, *Bevölkerungsforschung* 2013/04, S. 18–24.
- Grundmann, Stefan*, Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, *JZ* 2000, S. 1133–1143.
- Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, *CMLR* 39 (2002), S. 269–293.
 - Ausbau des Informationsmodells im Europäischen Gesellschaftsrecht, *DStR* 2004, S. 232–236.
 - Welche Einheit des Privatrechts? – Von einer formalen zu einer inhaltlichen Konzeption des Privatrechts, in: Grundmann, Stefan / Haar, Brigitte u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010 – Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Bd. I, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 61–91 (zit. *Grundmann*, in: *FS Hopt*, Bd. I).
 - Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, *JZ* 2013, S. 693–697.
- Grüne-Yanoff, Till / Hansson, Sven Ove* (Hrsg.), *Preference Change – Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, Dordrecht / Heidelberg 2009.
- Grzeszick, Bernd*, Anspruch, Leistungen und Grenzen steuerungswissenschaftlicher Ansätze für das geltende Verwaltungsrecht – Überlegungen am Beispiel des verwaltungsvertraglichen Koppelungsverbotes, *Die Verwaltung* 42 (2009), S. 105–120.
- Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Band 71 – Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, De Gruyter, Berlin, Boston 2012, S. 49–81 (zit. *Grzeszick*, in: *VVDStRL* 71).
 - Steuert die Dogmatik? – Inwiefern steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts? Gibt es eine rechtliche Steuerungswissenschaft jenseits der Rechtsdogmatik?, in: Kirchhof, Gregor / Magen, Stefan / Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 97–109.
- Gsell, Beate*, Rechtlosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 100/04, *ZIP* 2005, S. 922–928.
- Anmerkung – zu BGH, Urt. v. 24. 3. 2006 – V ZR 173/05, *EWiR* 2006, S. 549–550.
 - Anmerkung – zu BGH, Urteil v. 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, *JZ* 2009, S. 522–526.
 - Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem, *AcP* 214 (2014), S. 99–150.
- Gusy, Christoph* (Hrsg.), *Privatisierung von Staatsaufgaben – Kriterien – Grenzen – Folgen*, Nomos, Baden-Baden 1998.
- Gutmann, Thomas*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, S. 697–700.
- Gutzeit, Martin*, Der arglistig täuschende Verkäufer, *NJW* 2008, S. 1359–1362.
- Unverhältnismäßige Verkäuferhaftung beim „kleinen“ Schadensersatz, *NJW* 2015, S. 445–446.
- Häberle, Peter*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem – Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Athenäum, Bad Homburg 1970.
- Grundrechte im Leistungsstaat, in: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Band 30

- Grundrechte im Leistungsstaat. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, De Gruyter, Berlin 1972, S. 43–141 (zit. *Häberle*, in: VVDStRL 30).
- Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten – Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, JZ 1975, S. 297–305.
- Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 3. Aufl., C.F. Müller, Karlsruhe 1982.
- Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), S. 595–611.
- Habermann, Norbert*, Die preußische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums, in: Coing, Helmut/Wilhelm, Walter (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert – Bd. III: Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits, Frankfurt/M. 1976, S. 3–43 (zit. *Habermann*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III).
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 4. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994.
- Habersack, Mathias*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen – Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Duncker & Humblot, Berlin 1992.
- Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung – Gutachten E zum 69. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2012 (zit. *Habersack*, Gutachten E für den 69. DJT).
- Haferkamp, Hans-Peter*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, Klostermann, Frankfurt am Main 2004.
- The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany, 56 Am. J. Comp. L. 667–690 (2008).
- s. v. Bürgerliches Gesetzbuch, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 229–233 (zit. *Haferkamp*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
- Hager, Günter*, Einwirkung der Grund- und Menschenrechte auf das Privatrecht – veranschaulicht am Verhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, in: Schöpflin, Martin/Meik, Frank u. a. (Hrsg.), Von der Sache zum Recht – Festschrift für Volker Beuthien zum 75. Geburtstag, C.H. Beck, München 2009, S. 567–581 (zit. *G. Hager*, in: FS Beuthien).
- Die Strukturen des Privatrechts in Europa – Eine rechtsvergleichende Studie, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Hager, Johannes*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, C.H. Beck, München 1990.
- Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, S. 373–383.
- Hahn, Carl* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung – und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Decker, Berlin 1880 (zit. *Hahn* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Bd. I).
- Hale, Robert L.*, Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 Pol. Sci. Q. 470–494 (1923).
- Force and the State: A Comparison of „Political“ and „Economic“ Compulsion, 35 Colum. L. Rev. 149–201 (1935).
- Bargaining, Duress, and Economic Liberty, 43 Colum. L. Rev. 603–628 (1943).
- Halfmeier, Axel*, Popularklagen im Privatrecht – Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

- Hallstein, Walter*, Wiederherstellung des Privatrechts – Rede bei Übernahme des Rektorats der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität, *SJZ* 1946, S. 1–7.
- Die Europäische Gemeinschaft, Econ Verlag, Düsseldorf 1973.
- Haltern, Ulrich*, Finalität, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl., Springer, Berlin, Heidelberg 2009, S. 279–331.
- Hamann, Hanjo*, Evidenzbasierte Jurisprudenz – Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Hamdani, Assaf*, Gatekeeper Liability, 77 *S. Cal. L. Rev.* 53–121 (2003).
- Hamermesh, Daniel S.*, Six Decades of Top Economics Publishing: Who and How?, 51 *J. Econ. Lit.* 162–172 (2013).
- Hanebeck, Alexander*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber? – Zu verfassungsrechtlichen Anforderungen wie „Systemgerechtigkeit“ und „Widerspruchsfreiheit“ der Rechtsetzung als Maßstab verfassungsgerichtlicher Kontrolle, *Der Staat* 41 (2002), S. 429–451.
- Hansmann, Henry / Kraakman, Reinier H.*, The Essential Role of Organizational Law, 110 *Yale L. J.* 387–440 (2000).
- /– Property, Contract, and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 *J. Leg. Stud.* S373–S420 (2002).
- Harenburg, Jan*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis – Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik, Steiner, Stuttgart 1986.
- Harke, Jan Dirk*, Aus- und Einbau als verschuldensunabhängige Verkäuferpflicht – ein Deutungsversuch, *ZGS* 2011, S. 536–539.
- Hart, H. L. A.*, The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford 1961.
- Legal Rights, in: ders. (Hrsg.), *Essays on Bentham – Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, New York 1982, S. 162–193.
- Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence, in: ders. (Hrsg.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press; Oxford University Press, Oxford, New York 1983, S. 265–277.
- Rawls on Liberty and Its Priority, in: ders. (Hrsg.), *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press; Oxford University Press, Oxford, New York 1983, S. 223–247.
- Hartkamp, Arthur S.*, The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law, *ERPL* 18 (2010), S. 527–548.
- Hartmann, Bernd J.*, Eigeninteresse und Gemeinwohl bei Wahlen und Abstimmungen, *AöR* 134 (2009), S. 1–34.
- Hartmann, Nicolai*, *Ethik*, De Gruyter, Berlin/Leipzig 1926.
- Hartwig, Oskar / Korkisch, Friedrich* (Hrsg.), *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881–1896*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1973.
- Hassemer, Michael*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen – Zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Hassemer, Winfried*, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: Horn, Norbert (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Bd. I, C.H. Beck, München 1982, S. 493–524 (zit. *Hassemer*, in: *FS Coing*, Bd. I).
- Juristische Methodenlehre und Richterliche Pragmatik, *RTh* 39 (2008), S. 1–22.
- Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik – Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß*

- Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 3–15.
- Häusermann, Daniel M.*, Eine annahmenbasierte Rechtssetzungsmethode für das Handelsrecht, RW 2015, S. 49–90.
- Havu, Katri*, Horizontal Liability for Damages in EU Law – the Changing Relationship of EU and National Law, European Law Journal 18 (2012), S. 407–426.
- Hay, Peter*, US-amerikanisches Recht – Ein Studienbuch, 5. Aufl., C.H. Beck; Manz, München/Wien 2011.
- Hayek, Friedrich A. von*, Der Weg zur Knechtschaft, E. Rentsch, Erlenbach-Zürich 1945.
- Rechtsordnung und Handelsordnung (1967), in: ders. (Hrsg.), Rechtsordnung und Handelsordnung – Aufsätze zur Ordnungsökonomik, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, S. 35–73.
 - Die Verfassung der Freiheit, 4. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
- Hayes, Rachel M. / Schaefer, Scott*, CEO pay and the Lake Wobegon Effect, 94 J. Fin. Econ. 280–290 (2009).
- Heck, Philipp*, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht? – Akademische Antrittsvorlesung, AcP 92 (1902), S. 438–466.
- Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, DJZ 1905, S. 1140–1142.
 - Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), S. 1–318.
 - Grundriß des Schuldrechts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1929.
 - Grundriß des Sachenrechts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1930.
 - Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Mohr Siebeck, Tübingen 1932.
 - Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1932.
 - Interessenjurisprudenz – Gastvorlesung an der Universität Frankfurt a.M., gehalten am 15. Dezember 1932, J.C.B. Mohr, Tübingen 1933.
 - Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AcP 142 (1936), S. 129–202.
 - Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen 1936.
- Hecker, Jan*, Marktoptimierende Wirtschaftsaufsicht – Öffentlich-rechtliche Probleme staatlicher Wirtschaftsinterventionen zur Steigerung der Funktionsfähigkeit des Marktes, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert: Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz – Zweiter Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart. 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht, C. Heymanns, Berlin 1930 (zit. *Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Bd. II.1).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1807/1986.
- Grundlinien der Philosophie des Rechts – oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1821/1986.
- Heiderhoff, Bettina*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts – Insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung, Sellier – European Law Publishers, München 2004.
- Heimann, Josef*, Zwingender Verbraucherschutz und Grundfreiheiten im Bereich der Finanzdienstleistungen, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2005.
- Heintzen, Markus*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 62 – Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel, De Gruyter, Berlin [u.a.] 2003, S. 220–265 (zit. *Heintzen*, in: VVDStRL 62).

- Heinze, Christian*, s. v. Effektivitätsgrundsatz, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 337–341 (zit. *Heinze*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
- Heiss, Helmut*, Formmängel und ihre Sanktionen – Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Heldt, Cordula/Royé, Claudia*, Das Delisting-Urteil des BVerfG aus kapitalmarktrechtlicher Perspektive – Empirie und Fragestellungen für den Gesetzgeber, AG 2012, S. 660–673.
- Heller, Michael A.*, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, 111 Harv. L. Rev. 621–688 (1998).
- The Boundaries of Private Property, 108 Yale L. J. 1163–1223 (1999).
- Hellgardt, Alexander*, Fehlerhafte Ad-hoc-Publizität als strafbare Marktmanipulation – Der Beweis von Taterfolg und Kausalität, ZIP 2005, S. 2000–2008.
- Die deliktische Außenhaftung von Gesellschaftsorganen für unternehmensbezogene Pflichtverletzungen – Überlegungen vor dem Hintergrund des Kirch/Breuer-Urteils des BGH, WM 2006, S. 1514–1522.
- Kapitalmarktdeliktensrecht – Haftung von Emittenten, Bietern, Organwaltern und Marktintermediären – Grundlagen, Systematik, Einzelfragen, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- Europarechtliche Vorgaben für die Kapitalmarktinformationshaftung – de lege lata und nach Inkrafttreten der Marktmissbrauchsverordnung, AG 2012, S. 154–168.
- Law and Development: Vom Einfluss des Zivilrechts auf die wirtschaftliche Entwicklung, in: Kreutz, Peter/Renfle, Norbert u. a. (Hrsg.), Realitäten des Zivilrechts, Grenzen des Zivilrechts – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2011, Boorberg, Stuttgart 2012, S. 97–118 (zit. *Hellgardt*, in: JbJgZivRWiss 2011).
- Von der bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung zur Informationshaftung beim Vertrieb von Vermögensanlagen – Eine Nachlese zum „Rupert Scholz“-Urteil des BGH vor dem Hintergrund des neuen Vermögensanlagengesetzes, ZBB 2012, S. 73–88.
- Privatautonome Modifikation der Regeln zu Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrags – Möglichkeit und Grenzen der Abdingbarkeit der §§ 116 ff., 145 ff. BGB innerhalb von Geschäftsbeziehungen und auf privaten Marktplätzen, AcP 213 (2013), S. 760–825.
- The notion of inside information in the Market Abuse Directive: Geltl – Case C-19/11, Markus Geltl v. Daimler AG, Judgment of the Court (Second Chamber) of 28 June 2012, nyr, CMLR 50 (2013), S. 861–874.
- Comparing Apples and Oranges? Public, Private, Tax, and Criminal Law Instruments in Financial Markets Regulation, in: Ringe, Wolf-Georg/Huber, Peter M. (Hrsg.), Legal Challenges in the Global Financial Crisis – Bail-outs, the Euro and Regulation, Hart, Oxford 2014, S. 157–176.
- Hellgardt, Alexander/Hoger, Andreas*, Transatlantische Konvergenz der Aktionärsrechte – Systemvergleich und neuere Entwicklungen, ZGR 2011, S. 38–82.
- Hellgardt, Alexander/Majer, Christian Friedrich*, Die Auswirkungen nichtiger Grundverhältnisse auf die Vollmacht – Eine rechtsdogmatische Einordnung und Bewertung der neueren BGH-Rechtsprechung zu den Bauherren- und Erwerbermodellen, WM 2004, S. 2380–2386.
- Hellwege, Phillip*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Mohr Siebeck, Tübingen 2010 (zit. *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen).
- Henkel, Heinrich*, Einführung in die Rechtsphilosophie – Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1977.

- Hensche, Martin*, Teleologische Begründungen in der juristischen Dogmatik – Eine Untersuchung am Beispiel des Arbeitskampfrechts, Nomos, Baden-Baden 1998.
- Herdegen, Matthias*, Garantie von Eigentum und Erbrecht, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 273–292 (zit. *Herdegen*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II).
- Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechung im Zivilrecht, WM 2009, S. 2202–2210.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*, Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung, Mohr Siebeck, Tübingen 1995.
- Herget, James E. / Wallace, Stephen*, The German Free Law Movement As the Source of American Legal Realism, 73 Va. L. Rev. 399–455 (1987).
- Hermalin, Benjamin E. / Katz, Avery W. / Craswell, Richard*, Contract Law, in: Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, Bd. I, Elsevier, Amsterdam, Boston 2007, S. 3–138.
- Hermes, Georg*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 61 – Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit. Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, De Gruyter, Berlin, New York 2002, S. 119–154 (zit. *Hermes*, in: VVDStRL 61).
- Herresthal, Carsten*, Die „Drittwirkung der Grundfreiheiten“ im Gemeinschaftsrecht – Zur Auflösung einer einheitlichen Rechtsfigur, in: Neuner, Jörg (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 177–216.
- § 2 Vertragsrecht, in: Langenbucher, Katja (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2013, S. 69–201.
- Grundrechtecharta und Privatrecht – Die Bedeutung der Charta der Grundrechte für das europäische und das nationale Privatrecht, ZEuP 2014, S. 238–280.
- Unionsrechtliche Vorgaben zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen die Kreditwürdigkeitsprüfung, EuZW 2014, S. 497–500.
- Herresthal, Carsten / Riehm, Thomas*, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht, NJW 2005, S. 1457–1461.
- Herrler, Sebastian*, s.v. Testament, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1472–1477 (zit. *Herrler*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Herrmann, Elke*, Die Abschlußfreiheit – ein gefährdetes Prinzip – Zugleich der Versuch einer dogmatischen Erfassung der vorvertraglichen Regelungen des § 611a BGB, ZfA 1996, S. 19–68.
- Herzberg, Rolf D.*, Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung, NJW 1990, S. 2525–2530.
- Die ratio legis als Schlüssel zum Gesetzesverständnis? – Eine Skizze und Kritik der überkommenen Auslegungsmethodik, JuS 2005, S. 1–8.
- Herzog, Roman*, Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, in: Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. II, De Gruyter, Berlin, New York 1987, S. 1415–1428 (zit. *Herzog*, in: FS Zeidler, Bd. II).
- § 72 Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2006, S. 81–116 (zit. *Herzog*, in: HStR, Bd. IV).

- Hesse, Konrad*, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft – aus: DÖV 1975, S. 437–443, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 484–502.
- Verfassungsrecht und Privatrecht, Müller, Heidelberg 1988.
 - Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Müller, Heidelberg 1995.
- Hesselink, Martijn W.*, Non-Mandatory Rules in European Contract Law, ERCL 1 (2005), S. 44–86.
- Heusch, Andreas*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2003.
- Hey, Felix*, Rückabwicklung des Kaufvertrags trotz unerheblicher Pflichtverletzung bei Arglist des Verkäufers?, Jura 2006, S. 855–858.
- Hey, Johanna*, Steuerrecht und Staatsrecht im Dialog: Nimmt das Steuerrecht in der Judikatur des BVerfG eine Sonderrolle ein?, StuW 2015, S. 3–18.
- Hilgendorf, Eric*, Bedingungen gelingender Interdisziplinarität – am Beispiel der Rechtswissenschaft, JZ 2010, S. 913–922.
- Hilger, Marie Luise*, Überlegungen zum Richterrecht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1973, S. 109–123 (zit. *Hilger*, in: FS Larenz).
- Hill, Hermann*, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Müller, Heidelberg 1982.
- Hill, Paul B. / Kopp, Johannes*, Familiensoziologie – Grundlagen und theoretische Perspektiven, 5. Aufl., Springer, Wiesbaden 2013.
- Hillgruber, Christian*, Grundrechtsschutz im Vertragsrecht – zugleich: Anmerkung zu BVerfG NJW 1990, 1469, AcP 191 (1991), S. 69–86.
- Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118–125.
 - „Neue Methodik“ – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, S. 745–755.
 - Mehr Rechtswissenschaften wagen!, JZ 2013, S. 700–704.
- Hilton, George W.*, The Basic Behavior of Regulatory Commissions, 62 AER 47–54 (1972).
- Hinz, Werner*, Minderungsausschluss und Modernisierungsmieterhöhung nach der Mietrechtsänderung, NZM 2009, S. 209–227.
- Hippel, Eike von*, Regelungstypen – Ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre, ZG 1987, S. 1–17.
- Hippel, Fritz von*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie – Beiträge zu einem Natürlichen System des privaten Verkehrsrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1936.
- Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1957.
- Hirsch, Günter*, Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, S. 161.
- Auf dem Weg zum Richterstaat? – Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit, JZ 2007, S. 853–858.
- Hirschberg, Lothar*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Schwartz, Göttingen 1981.
- Hirte, Heribert*, Der amicus-curiae-brief – das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZZP 104 (1991), S. 11–66.
- Hirte, Heribert / Möllers, Thomas M. J.* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Aufl., C. Heymanns, Köln 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: KölnKomm. WpHG).
- Hislop, David John*, The Hohfeldian System of Fundamental Legal Conceptions, ARSP 53 (1967), S. 53–89.
- Ho, Daniel E.*, Fudging the Nudge: Information Disclosure and Restaurant Grading, 122 Yale L. J. 574–688 (2012).

- Hobbes, Thomas*, Leviathan – or The Matter, Forme, & Power, of a Common-Wealth ecclesiastical and civil, Crooke, London 1651.
- Hofer, Sibylle*, Freiheit ohne Grenzen? – Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Höffe, Otfried*, Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987.
- Kategorische Rechtsprinzipien – Ein Kontrapunkt der Moderne, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1995.
 - Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Einführung in die utilitaristische Ethik – Klassische und zeitgenössische Texte, 5. Aufl., Francke, Tübingen, Basel 2013, S. 7–51.
- Hoffmann, Helmut*, Die Entwicklung des Internetrechts bis Mitte 2015, NJW 2015, S. 2470–2474.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 261–336.
- Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in: Kirchhof, Paul/Lehner, Moris u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Müller, Heidelberg 2000, S. 47–64 (zit. *Hoffmann-Riem*, in: FS Vogel).
 - Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos, Baden-Baden 2004, S. 9–72.
 - Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht – Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, AöR 131 (2006), S. 255–277.
 - § 33 Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 943–1023 (zit. *Hoffmann-Riem*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012.
- Höfling, Wolfram*, Vertragsfreiheit – Eine grundrechtsdogmatische Studie, Müller, Heidelberg 1991.
- Hofmann, Hasso*, Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls, in: Münkler, Herfried/Fischer, Karsten (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht – Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Akademie Verlag, Berlin 2002, S. 25–41.
- Hohfeld, Wesley Newcomb*, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale L. J. 16–59 (1913).
- Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 26 Yale L. J. 710–770 (1917).
- Höland, Armin*, Wie wirkt Rechtsprechung? – On the effects of court decisions, ZfRSoz 30 (2009), S. 23–46.
- Holmes, Oliver W.*, The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. 457–478 (1897).
- Hönn, Günther*, Kompensation gestörter Vertragsparität – Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, C.H. Beck, München 1982.

- Honoré, Anthony Maurice*, Ownership, in: Guest, Anthony Gordon (Hrsg.), Oxford Essays in Jurisprudence – A Collaborative Work, Oxford University Press, London 1961, S. 107–147.
- Honsell, Heinrich*, Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus, in: Aderhold, Lutz / Grunewald, Barbara u. a. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, O. Schmidt, Köln 2008, S. 315–336 (zit. *Honsell*, in: FS H.P. Westermann).
- Editorial: Zivilrechtsdogmatik heute, ZfPW 2015, S. 1–3.
- Hood, Christopher C.*, The Tools of Government, Macmillan, London 1983.
- Höpfner, Clemens*, Anmerkung – zu BGH, Urteil vom 26. 11. 2008 – VIII ZR 200/05, EuZW 2009, S. 159–160.
- Hopt, Klaus J.*, Finale Regelungen, Experiment und Datenverarbeitung in Recht und Gesetzgebung, JZ 1972, S. 65–75.
- Simulation und Planspiel in Recht und Gesetzgebung, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsinformatik (Hrsg.), Gesetzesplanung – Beiträge der Rechtsinformatik, Schweitzer, Berlin 1972, S. 33–81 (zit. *Hopt*, in: Gesetzesplanung).
 - Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, C.H. Beck, München 1975.
 - Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, S. 341–349.
 - Europäisches und deutsches Insiderrecht, ZGR 1991, S. 17–73.
 - Interessenwahrung und Interessenkonflikte im Aktien-, Bank- und Berufsrecht – Zur Dogmatik des modernen Geschäftsbesorgungsrechts, ZGR 2004, S. 1–52.
 - Aktienrecht unter amerikanischem Einfluss, in: Heldrich, Andreas / Prölss, Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, C.H. Beck, München 2007, S. 105–128 (zit. *Hopt*, in: FS Canaris, Bd. II).
 - Arthur Nußbaum (1877–1964), in: Grundmann, Stefan / Klopfer, Michael u. a. (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin – Geschichte, Gegenwart und Zukunft, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 545–560 (zit. *Hopt*, in: FS 200 Jahre Jur. Fak. HU Berlin).
- Hopt, Klaus J. / Kanda, Hideki / Roe, Mark J. / Wymeersch, Eddy / Prigge, Stefan* (Hrsg.), Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, Oxford University Press, Oxford / New York 1998.
- Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Aktiengesetz – Großkommentar, 4. Aufl., De Gruyter, Berlin 1992 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: GroßKomm. AktG).
- Horn, Hans-Detlef*, Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus – Zur Suche nach Organisationsprinzipien im Kampf ums Gemeinwohl, Die Verwaltung 26 (1993), S. 545–573.
- Horn, Manfred / Knieps, Günter / Müller, Jürgen*, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlußfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland – Gutachten des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, Berlin, im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft, Nomos, Baden-Baden 1988.
- Horster, Detlef*, Gemeinwohl als Kontingenzformel – Die systemtheoretische Sicht, in: Brugger, Winfried / Kirste, Stephan / Anderheiden, Michael (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Nomos, Baden-Baden 2002, S. 245–255.
- Horwitz, Morton J.*, The History of the Public / Private Distinction, 130 U. Pa. L. Rev. 1423–1428 (1982).

- The Transformation of American Law, 1870–1960 – The Crisis of Legal Orthodoxy, Oxford University Press, Oxford/New York 1992.
- Hosemann, Eike Götz*, „The New Private Law“: Die neue amerikanische Privatrechtswissenschaft in historischer und vergleichender Perspektive, *RabelsZ* 78 (2014), S. 37–70.
- Howard, Christopher*, Tax Expenditures, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), *The Tools of Government – A Guide to the New Governance*, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, S. 410–444.
- Howlett, Michael/Ramesh, M./Perl, Anthony*, *Studying Public Policy – Policy Cycles & Policy Subsystems*, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford/New York 2009.
- Hruschka, Joachim*, Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts, *JZ* 2004, S. 1085–1092.
- Huber, Ernst Rudolf*, Einheit und Gliederung des völkischen Rechts – Ein Beitrag zur Überwindung des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht, *ZgS* 1938, S. 310–358.
- Huber, Peter M.*, Die entfesselte Verwaltung, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 8 (1997), S. 423–459.
- Huber, Ulrich*, Zur Haftung des Verkäufers wegen positiver Vertragsverletzung, *AcP* 177 (1977), S. 281–348.
- Hübner, Heinz*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht – Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes – dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff. BGB, Universitätsbund Erlangen, Erlangen 1955.
- Hueck, Götz*, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, C.H. Beck, München/Berlin 1958.
- Huntington, Samuel P.*, The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest, 61 *Yale L. J.* 467–509 (1952).
- Husserl, Gerhart*, *Rechtskraft und Rechtsgeltung – Eine rechtsdogmatische Untersuchung*. Erster Band: Genesis und Grenzen der Rechtsgeltung, J. Springer, Berlin 1925 (zit. *G. Husserl*, *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, Bd. I).
- Iacobucci, Edward M.*, On the Interaction between Legal and Reputational Sanctions, 43 *J. Leg. Stud.* 189–207 (2014).
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht – Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 1).
- (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht – Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2).
- Institut für Demoskopie Allensbach*, *Monitor Familienleben 2012 – Einstellungen und Lebensverhältnisse von Familien. Ergebnisse einer Repräsentativbefragung im Auftrag des Bundesministeriums für Familie*, 2012, http://www.ifd-allensbach.de/uploads/tx_studies/Monitor_Familienleben_2012.pdf.
- Ipsen, Hans Peter*, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: *Um Recht und Gerechtigkeit – Festgabe für Erich Kaufmann zu seinem 70. Geburtstag – 21. September 1950*, Kohlhammer, Stuttgart, Köln 1950, S. 141–161 (zit. *H.P. Ipsen*, in: FS Kaufmann).
- Ipsen, Jörn*, *Richterrecht und Verfassung*, Duncker & Humblot, Berlin 1975.
- *Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik – Zugleich Erwiderung auf Robert Alexy, „Jörn Ipsens Konstruktion der Grundrechte“*, *Der Staat* 52 (2013), S. 266–293.
- *Verfassungsprivatrecht?*, *JZ* 2014, S. 157–162.
- Ipsen, Knut*, *Völkerrecht*, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2014.
- Isay, Hermann*, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Vahlen, Berlin 1929.

- Isensee, Josef*, Der Dualismus von Staat und Gesellschaft – aus: Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, S. 149–158, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 317–329.
- Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates – Stationen in einem laufenden Prozeß, JZ 1999, 265–278.
 - § 15 Staat und Verfassung, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2004, S. 3–106 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. II).
 - § 71 Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2006, S. 3–79 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IV).
 - § 73 Staatsaufgaben, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2006, S. 117–160 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IV).
 - Nachwort. Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 239–274.
 - § 191 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2011, S. 413–568 (zit. *Isensee*, in: HStR, Bd. IX).
- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IV: Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2006.
- Jackson, Jonathan / Bradford, Ben / Hough, Mike / Myhill, Andy / Quinton, Paul K. / Tyler, Tom R.*, Why Do People Comply with the Law? – Legitimacy and the Influence of Legal Institutions, Brit. J. Criminol. 52 (2012), S. 1051–1071.
- Jaensch, Michael*, Der Umfang der kaufrechtlichen Nacherfüllung, NJW 2012, S. 1025–1031.
- Jakobs, Horst Heinrich*, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht – nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, Schöningh, Paderborn u.a. 1983.
- Abermals Wiedergelesen: Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848, JZ 2006, S. 1115–1118.
- Jakobs, Horst Heinrich / Schubert, Werner* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Recht der Schuldverhältnisse I: §§ 241 bis 432, De Gruyter, Berlin, New York 1978 (zit. *Jakobs / Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Schuldrecht, Bd. I).
- (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Recht der Schuldverhältnisse II: §§ 433 bis 651, De Gruyter, Berlin [u.a.] 1980 (zit. *Jakobs / Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Schuldrecht, Bd. II).
 - (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen: Sachenrecht I: §§ 854–1017, De Gruyter, Berlin / New York 1985 (zit. *Jakobs / Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des BGB: Sachenrecht, Bd. I).
- Jakobs, Michael Ch.*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – Mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht, C. Heymanns, Köln 1985.
- Jann, Werner*, Praktische Fragen und theoretische Antworten: 50 Jahre Policy-Analyse und Verwaltungsforschung, PVS 50 (2009), S. 476–505.
- Jansen, Nils*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>.

- Jarass, Hans D.*, Regulation as an Instrument of Economic Policy, in: Daintith, Terence (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches, De Gruyter, Berlin, New York 1988, S. 75–96.
- Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen – Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 35–53 (zit. *Jarass*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II).
 - Die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als verfassungsrechtliche Vorgabe – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Sachgesetzgeber und Abgabengesetzgeber, AöR 126 (2001), S. 588–607.
 - Bundes-Immissionsschutzgesetz – Kommentar – unter Berücksichtigung der Bundes-Immissionsschutzverordnungen, der TA Luft sowie der TA-Lärm, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2013 (zit. *Jarass*, BImSchG).
 - Charta der Grundrechte der Europäischen Union – unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2013 (zit. *Jarass*, EU-GRCharta).
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 1905.
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Springer, Berlin 1914.
- Jesse, Sven*, Instrumentenverbund als Rechtsproblem am Beispiel effizienter Energienutzung, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Jestaedt, Matthias*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 241–281.
- Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 185–205.
 - Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, S. 1–10.
 - Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung – Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 49–69.
 - Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 117–137.
 - Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph Alexander u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag – 1. Teilband: Deutsches Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 917–936 (zit. *Jestaedt*, in: FS Stürner, Bd. I).
 - Wissenschaft im Recht – Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, S. 1–12.
- Jhering, Rudolf von*, Culpa in contrahendo – oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jher. Jb. 4 (1861), S. 1–112.
- Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, Jher. Jb. 10 (1871), S. 245–354.
 - Der Kampf um's Recht, Manz, Wien 1872.
 - Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – Dritter Theil. Erste Abtheilung, 3. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1877 (zit. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1).

- Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – Erster Theil, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1878 (zit. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I).
 - Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – Zweiter Theil. Erste Abtheilung, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1881 (zit. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. II.1).
 - Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – Zweiter Theil. Zweite Abtheilung, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1883 (zit. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. II.2).
 - Der Zweck im Recht – Erster Band, 2. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1884 (zit. *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I).
 - Scherz und Ernst in der Jurisprudenz – Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1884.
 - Der Zweck im Recht – Zweiter Band, 2. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1886 (zit. *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. II).
 - Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung – Dritter Theil. Erste Abtheilung, 4. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1888 (zit. *Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. III.1).
- Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2011 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. StGB).
- Johnston, Angus*, „Spillovers“ from EU Law into National Law: (Un)intended Consequences for Private Law Relationships, in: Leczykiewicz, Dorota / Weatherill, Stephen (Hrsg.), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships, Hart, Oxford 2013, S. 357–394.
- Johow, Reinhold*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht – Begründung. Erster Band, Reichsdruckerei, Berlin 1880 (zit. *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich: Sachenrecht, Bd. I).
- Jolls, Christine*, Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules, 51 Vand. L. Rev. 1653–1677 (1998).
- Jolls, Christine / Sunstein, Cass R. / Thaler, Richard H.*, A Behavioral Approach to Law and Economics, 50 Stan. L. Rev. 1471–1550 (1998).
- Jurgens, Gerdy / van Ommeren, Frank*, The Public-Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context-Dependant Divide, C.L.J. 71 (2012), S. 172–199.
- Jürgens, Ulrich*, Corporate Governance – Anwendungsfelder und Entwicklungen, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006, S. 47–71.
- Kaeding, Nadja*, Die Unverhältnismäßigkeit der Nachlieferung, NJW 2010, S. 1031–1035.
- Kagan, Elena*, Presidential Administration, 114 Harv. L. Rev. 2245–2385 (2001).
- Kahl, Wolfgang*, Die Staatsaufsicht – Entstehung, Wandel und Neubestimmung unter besonderer Berücksichtigung der Aufsicht über die Gemeinden, Mohr Siebeck, Tübingen 2000.
- Die rechtliche Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, Jura 2002, S. 721–729.
 - Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik – Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, AöR 131 (2006), S. 579–620.
- Kahl, Wolfgang / Waldhoff, Christian / Walter, Christian* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, C.F. Müller, Heidelberg 1950 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: BK GG).
- Kähler, Lorenz*, Zur Durchsetzungskraft abdingbaren Rechts, in: Cottier, Michelle / Estermann, Josef / Wrase, Michael (Hrsg.), Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum

- ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 4.–6. September 2008, *Nomos*, Baden-Baden 2010, S. 431–448.
- Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Kahn, Alfred E.*, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions – Volume 2: Institutional Issues*, Wiley, New York [u. a.] 1971 (zit. *Kahn*, *The Economics of Regulation*, Bd. II).
- Kahn, Jeffrey H.*, *The Individual Mandate Tax Penalty*, 47 *U. Mich. J. L. Reform* 319–358 (2014).
- Kaiser, Dagmar*, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, *JZ* 2011, S. 978–988.
- Gesetzgeber gefordert: Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers, *JZ* 2013, S. 346–350.
- Kakouris, Constantinos M.*, Do the Member States Possess Judicial Procedural „Automony“?, *CMLR* 34 (1997), S. 1389–1412.
- Kämmerer, Jörn Axel*, *Privatisierung – Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Staat und Gesellschaft nach Privatisierung – Zur Bedeutung privater Rechtsetzung und Selbstregulierung, in: ders. (Hrsg.), *An den Grenzen des Staates – Kolloquium zum 65. Geburtstag von Wolfgang Graf Vitzthum*, Duncker & Humblot, Berlin 2008, S. 17–40 (zit. *Kämmerer*, in: *Kolloquium für Graf Vitzthum*).
 - Die Zukunft der Freien Berufe zwischen Deregulierung und Neuordnung – Gutachten H zum 68. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2010 (zit. *Kämmerer*, *Gutachten H für den 68. DJT*).
- Kant, Immanuel*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Reimer, Berlin 1785/1903 (zit. *Kant*, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. IV).
- Zum Ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf, De Gruyter, Berlin/Leipzig 1795/1923 (zit. *Kant*, *Zum Ewigen Frieden*, AA, Bd. VIII).
 - Die Metaphysik der Sitten, Reimer, Berlin 1797/1907 (zit. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, AA, Bd. VI).
- Kantorowicz, Hermann*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Winter, Heidelberg 1906.
- Kaplow, Louis*, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 *Duke L. J.* 557–629 (1992).
- *The Theory of Taxation and Public Economics*, Princeton University Press, Princeton, NJ 2008.
 - Optimal Proof Burdens, Deterrence, and the Chilling of Desirable Behavior, 101 *AER* 277–280 (2011).
 - Burden of Proof, 121 *Yale L. J.* 738–859 (2012).
- Kaplow, Louis / Shavell, Steven*, Why the Legal System Is Less Efficient Than the Income Tax in Redistributing Income, 23 *J. Leg. Stud.* 667–681 (1994).
- /– Fairness versus Welfare, 114 *Harv. L. Rev.* 961–1388 (2001).
 - /– On the Superiority of Corrective Taxes to Quantity Regulation, 4 *Am. L. & Econ. Rev.* 1–17 (2002).
- Kas, Betül / Micklitz, Hans-Wolfgang*, *Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Vertrags- und Deliktsrecht (2008–2013) – Teil I*, *EWS* 2013, S. 314–334.
- Kaser, Max*, *Das Römische Privatrecht – 1. Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 1971 (zit. *Kaser*, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I).
- Kaser, Max / Knütel, Rolf*, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl., C.H. Beck, München 2014.
- Katz, Larissa*, *Governing Through Owners: How and Why Formal Private Property Rights Enhance State Power*, 160 *U. Pa. L. Rev.* 2029–2059 (2012).

- Katz, Leo, A Theory of Loopholes, 39 J. Leg. Stud. 1–31 (2010).
- Rational Choice versus Lawful Choice, JITE 170 (2014), S. 105–121.
- Kaufmann, Franz-Xaver, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: Grimm, Dieter/Maihofer, Werner (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Westdeutscher Verlag, Opladen 1988, S. 65–108.
- Kellerhals, Andreas, Wirtschaftsrecht und europäische Integration – Zur Stellung und Funktion des Wirtschaftsrechts im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips, Nomos, Baden-Baden 2006.
- Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Franz Deuticke, Leipzig/Wien 1934.
- Kempf, Eberhard/Schilling, Helen, Revisionsrichterliche Rechtsfortbildung in Strafsachen, NJW 2012, S. 1849–1854.
- Kennedy, Duncan, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685–1778 (1976).
- The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction, 130 U. Pa. L. Rev. 1349–1357 (1982).
 - Thoughts on Coherence, Social Values and National Tradition in Private Law, in: Heselink, Martijn W. (Hrsg.), The Politics of a European Civil Code, Kluwer Law International, Amsterdam 2006, S. 9–31.
 - Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000, in: Trubek, David M./Santos, Alvaro (Hrsg.), The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal, Cambridge University Press, Cambridge, New York 2006, S. 19–73.
- Kern, Christoph Alexander, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts – Ein Beitrag zur Standardisierung übertragbarer Güter, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Kersten, Jens, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 69 – Gemeinwohl durch Wettbewerb?, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 288–340 (zit. Kersten, in: VVDStRL 69).
- § 233 Wettbewerb der Rechtsordnungen?, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band XI: Internationale Bezüge, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2013, S. 305–331 (zit. Kersten, in: HStR, Bd. XI).
- Kersting, Christian, Die Dritthaftung für Informationen im Bürgerlichen Recht, C.H. Beck, München 2007.
- Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern, Der Konzern 2011, S. 445–459.
- Kevenhörster, Paul, Politikwissenschaft – Band 1: Entscheidungen und Strukturen der Politik, 3. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Opladen 2008 (zit. Kevenhörster, Politikwissenschaft, Bd. I).
- Kiehnle, Arndt, Der gutgläubige Erwerb im württembergischen Mobiliarsachenrecht des 19. Jahrhunderts, in: Kiehnle, Arndt/Mertens, Bernd/Schiemann, Gottfried (Hrsg.), Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag – am 28. Mai 2013, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 401–421 (zit. Kiehnle, in: FS J. Schröder).
- Kieninger, Eva-Maria, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Kiesow, Rainer Maria, Rechtswissenschaft – was ist das?, JZ 2010, S. 585–591.
- Kilian, Wolfgang, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung – Methodenorientierte Vorstudie, Toeche-Mittler, Darmstadt 1974.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ulrich (Hrsg.), Strafgesetzbuch,

4. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB).
- Kindler, Peter*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht – Plädoyer für einen kreditmarktorientierten Fälligkeitszins, J.C.B. Mohr, Tübingen 1996.
- Kingreen, Thorsten*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund – Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877–880.
- Kirchgässner, Gebhard*, Homo Oeconomicus – The Economic Model of Individual Behavior and Its Applications in Economics and Other Social Sciences, Springer, New York 2008.
- Kirchhof, Ferdinand*, Private Rechtsetzung, Duncker & Humblot, Berlin 1987.
- Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681–3686.
- Kirchhof, Gregor / Magen, Stefan*, Dogmatik: Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fächerübergreifenden Dialogs – eine systematisierende Übersicht, in: Kirchhof, Gregor / Magen, Stefan / Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 151–172.
- Kirchhof, Paul*, Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit, in: Habersack, Matthias / Hommelhoff, Peter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, De Gruyter Recht, Berlin 2003, S. 1211–1230 (zit. *P. Kirchhof*, in: FS Ulmer).
- Das Wettbewerbsrecht als Teil einer folgerichtigen und widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung, in: ders. (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, C.F. Müller, Heidelberg 2005, S. 1–18.
 - Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatgesellschaft“, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 83–103.
- Kirchhoff, Guido*, Rechtsschutz bei Sperrung eines Internet-Zugangs, NJW 2005, S. 1548–1549.
- Kirchmann, Julius Hermann von*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft – Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Springer, Berlin 1848.
- Kirchner, Christian*, Regulierung durch öffentliches Recht und / oder Privatrecht aus der Sicht der ökonomischen Theorie des Rechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 63–84.
- Komplementierung zivilrechtlicher und ordnungswidrigkeitenrechtlicher durch strafrechtliche Sanktionen, in: Ott, Claus / Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen – Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25.–28. März 1998, J.C.B. Mohr, Tübingen 1999, S. 108–125.
 - Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie: Rechtsvergleichende, rechtsmethodische und rechtspolitische Anmerkungen, in: Riesenhuber, Karl / Nishitani, Yuko (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie? – Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, De Gruyter Recht, Berlin 2007, S. 307–314.
 - Zur Konsequentialistischen Interpretationsmethode – Der Beitrag der Rechtswissenschaft zur reziproken methodischen Annäherung von Ökonomik und Rechtswissenschaft, in: Eger, Thomas / Bigus, Jochen u. a. (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Internationalization of the Law and its Economic

- Analysis – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Gabler, Wiesbaden 2008, S. 37–49 (zit. *Kirchner*, in: FS Schäfer).
- § 5 Die ökonomische Theorie, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin, New York, NY 2010, S. 132–158.
- Kirner, Guido O.*, Polis und Gemeinwohl – Zum Gemeinwohlbegriff in Athen vom 6. bis 4. Jahrhundert v. Chr., in: Münkler, Herfried/Bluhm, Harald (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemein Sinn – Historische Semantiken politischer Leitbegriffe, Akademie Verlag, Berlin 2001, S. 31–63.
- Kizer, Ben H.*, The Need for Planning, in: American Society of Planning Officials (Hrsg.), Proceedings of the National Conference on Planning – held at Minneapolis, Minnesota, June 20–22, 1938, Chicago 1938, S. 1–9.
- Klappstein, Verena*, Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft – Eine rechtsmethodische und rechtsvergleichende Untersuchung im Zivilrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- Klaus, Samuel*, De-, Regulierung – Eine juristische Begriffsanalyse unter Einbezug der Systemtheorie, Books on Demand GmbH, Norderstedt 2007.
- Klein, Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633–1640.
- Klement, Jan Henrik*, Verantwortung – Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Nachhaltigkeit und Gemeinwohl, in: Kahl, Wolfgang (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 99–134.
 - Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 134 (2009), S. 35–82.
 - Wettbewerbsfreiheit – Bausteine einer europäischen Grundrechtstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Klippel, Diethelm*, Subjektives Recht und germanisch-deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Rückert, Joachim/Willoweit, Dietmar (Hrsg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit – ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, J.C.B. Mohr, Tübingen 1995, S. 31–54.
- Kloepfer, Michael*, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus öffentlich-rechtlicher Sicht, NuR 1990, S. 337–349.
- Umweltrecht, 3. Aufl., C.H. Beck, München 2004.
- Kloepfer, Michael/Bruch, David*, Die Laufzeitverlängerung im Atomrecht zwischen Gesetz und Vertrag, JZ 2011, S. 377–387.
- Klöhn, Lars*, Kapitalmarkt, Spekulation und *Behavioral Finance* – Eine interdisziplinäre und vergleichende Analyse zum Fluch und Segen der Spekulation und ihrer Regulierung durch Recht und Markt, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB), NJW 2007, S. 2811–2815.
 - Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß – Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, AcP 210 (2010), S. 804–856.
 - Private versus Public Enforcement of Laws – a Law & Economics Perspective, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), Compensation of Private Losses – The Evolution of Torts in European Business Law, Sellier – European Law Publishers, München 2011, S. 179–198.
 - Das deutsche und europäische Insiderrecht nach dem Getli-Urteil des EuGH – Zugleich Besprechung EuGH v. 28.6.2012 – Rs C-19/11, ZIP 2012, S. 1885–1895.
 - Supranationale Rechtsformen und vertikaler Wettbewerb der Gesetzgeber im europäischen Gesellschaftsrecht – Plädoyer für ein marktimitierendes Rechtsformangebot der EU, RabelsZ 76 (2012), S. 276–315.

- Klose, Alexander*, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?, in: Cottier, Michelle / Estermann, Josef / Wrase, Michael (Hrsg.), *Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen*, Luzern 4.–6. September 2008, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 347–367.
- Koch, Hans-Joachim / Rüßmann, Helmut*, *Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, C.H. Beck, München 1982.
- Koch, Jens*, Das Nebeneinander aufsichts- und zivilrechtlicher Beratungsvorgaben im Anlegerschutz – Handlungsbedarf für den Gesetzgeber?, ZBB 2014, S. 211–221.
- Koch, Jens / Harnos, Rafael*, Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?, in: Eisele, Jörg / Koch, Jens / Theile, Hans (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, S. 171–188.
- Kohler, Jürgen*, Vormerkbarkeit eines durch abredewidrige Veräußerung bedingten Rückverwerbsanspruchs, DNotZ 1989, S. 339–353.
- Köhler, Helmut*, BGB, Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 36. Aufl., C.H. Beck, München 2012.
- Die Regelungen zur Angabe des effektiven Jahreszinses bei Immobilienkrediten: Mehr – oder weniger – Transparenz und Vergleichbarkeit von Kreditangeboten?, WM 2012, S. 149–153.
- Köhler, Helmut / Bornkamm, Joachim*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 33. Aufl., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Köhler / Bornkamm, UWG).
- Kokott, Juliane*, Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland, in: Kokott, Juliane / Rudolf, Beate (Hrsg.), *Gesellschaftsgestaltung unter dem Einfluß von Grund- und Menschenrechten – Beiträge zur interdisziplinären Tagung der Association des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel*, Nomos, Baden-Baden 2001, S. 57–77.
- Kommission „Wohnungswirtschaftlicher Strukturwandel in den neuen Bundesländern“*, Bericht der Kommission – Im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, November 2000.
- Köndgen, Johannes*, Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht – Bemerkungen zum „Hypothekenzins-“ und zum „Wertstellungs-Urteil“ des BGH, NJW 1989, S. 943–952.
- Gewinnabschöpfung als Sanktion unerlaubten Tuns – Eine juristisch-ökonomische Skizze, RabelsZ 64 (2000), S. 661–695.
- König, Klaus / Benz, Angelika*, Zusammenhänge von Privatisierung und Regulierung, in: dies. (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung – Bahn, Post und Telekommunikation*, Rundfunk, Nomos, Baden-Baden 1997, S. 11–79.
- Konrad, Kai A. / Morath, Florian / Müller, Wieland*, Taxation and Market Power, Canadian Journal of Economics 47 (2014), S. 173–202.
- Konrad, Kai A. / Skaperdas, Stergios*, The market for protection and the origin of the state, 50 Econ Theory 417–443 (2012).
- Konzen, Horst*, Normtatsachen und Erfahrungssätze bei der Rechtsanwendung im Zivilprozeß, in: Schilken, Eberhard / Becker-Eberhard, Ekkehard / Gerhardt, Walter (Hrsg.), *Festschrift für Hans Friedhelm Gaul – zum 70. Geburtstag*, 19. November 1997, Gieseking, Bielefeld 1997, S. 335–356 (zit. *Konzen*, in: FS Gaul).
- Konzendorf, Götz*, Gesetzesfolgenabschätzung als zentrales Element von Better Regulation, in: Becker, Michael / Zimmerling, Ruth (Hrsg.), *Politik und Recht*, PVS Sonderheft

- Nr. 36, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 540–558 (zit. *Konzen-dorf*, PVS Sonderheft Nr. 36).
- Körber, Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Körner, Marita*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2010, S. 241–246.
- Kotsadam, Andreas / Jakobsson, Niklas*, Do laws affect attitudes? An assessment of the Norwegian prostitution law using longitudinal data, 31 Int'l Rev. L. & Econ. 103–115 (2011).
- Kotsoglou, Kyriakos N.*, Schlusswort: „Subsumtionsautomat 2.0“ reloaded? – Zur Unmöglichkeit der Rechtsprüfung durch Laien, JZ 2014, S. 1100–1103.
- Subsumtionsautomat 2.0 – Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, S. 451–457.
- Kötz, Hein*, Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986), S. 1–18.
- Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 209–214.
- Kötz, Hein / Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 12. Aufl., Vahlen, München 2013.
- Kotzur, Markus*, Demokratie als Wettbewerbsordnung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 69 – Gemeinwohl durch Wettbewerb?, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 173–226 (zit. *Kotzur*, in: VVDStRL 69).
- Koziol, Helmut*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik – Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa?, AcP 212 (2012), S. 1–62.
- Kraakman, Reinier H.*, Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, 93 Yale L. J. 857–898 (1984).
- Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, 2 JLEO 53–104 (1986).
- Kraakman, Reinier H. / Armour, John / Davies, Paul / Enriques, Luca / Hansmann, Henry / Hertig, Gerard / Hopt, Klaus J. / Kanda, Hideki / Rock, Edward* (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford / New York 2009.
- Krakowski, Michael* (Hrsg.), Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland – Die Ausnahmehbereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Verlag Weltarchiv, Hamburg 1988.
- Kramer, Ernst A.*, Grundfragen der vertraglichen Einigung – Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts, Fink, München 1972.
- Krawietz, Werner*, Das positive Recht und seine Funktion – Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie, Duncker & Humblot, Berlin 1967.
- Kremer, Thomas*, Der Deutsche Corporate Governance Kodex auf dem Prüfstand: bewährte Selbst- oder freiwillige Überregulierung?, ZIP 2011, S. 1177–1181.
- Krenn, Christoph*, A missing piece in the horizontal effect „jigsaw“: Horizontal direct effect and the free movement of goods, CMLR 49 (2012), S. 177–215.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1976.
- Krönke, Christoph*, Die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Kropholler, Jan*, Internationales Privatrecht – einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Krüger, Herbert*, Allgemeine Staatslehre, Kohlhammer, Stuttgart 1964.

- Kruis, Tobias*, Verwaltungsakzessorietät und Einheit der Rechtsordnung – Plädoyer für eine einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffs in § 284 StGB, § 33 h GewO und 3 I GlStV, NVwZ 2012, S. 797–801.
- Kube, Hanno*, Öffentliche Aufgaben in privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast, Die Verwaltung 41 (2008), S. 1–30.
- Kübler, Friedrich*, Eigentumsschutz gegen Sachabbildung und Bildreproduktion? – Bemerkungen zur „Tegel“-Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in: Grunsky, Wolfgang/Stürner, Rolf u. a. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, J.C.B. Mohr, Tübingen 1981, S. 51–62 (zit. *Kübler*, in: FS Baur).
- Schlußwort: Vergleichende Überlegungen zur rechtspraktischen Bedeutung der ökonomischen Analyse, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 23.–26. März 1988, Springer, Berlin, Heidelberg 1989, S. 293–306.
 - Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme, in: Simon, Dieter (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik – Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1994, S. 364–389.
- Kudlich, Hans / Christensen, Ralph*, Die Kanones der Auslegung als Hilfsmittel für die Entscheidung von Bedeutungskonflikten, JA 2004, S. 74–83.
- Kügel, J. Wilfried / Pfaffmann, Kirsten*, Die „Hygiene-Ampel“ bei Lebensmittelkontrollen – Grünes Licht für den Verbraucherschutz?, LMuR 2012, S. 1–9.
- Kühl, Kristian*, Konsequenzen der Sanktion „Strafe“ für das materielle und formelle Strafrecht, in: Kempf, Eberhard/Jansen, Gabriele/Müller, Egon (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II – Verstehen und Widerstehen, Nomos, Baden-Baden 2006, S. 341–355 (zit. *Kühl*, in: FS Richter).
- Kühling, Jürgen*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften – Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, C.H. Beck, München 2004.
- Kulke, Ulrich*, Entbehrlichkeit einer Nachfristsetzung wegen Arglist des Verkäufers – Ausnahmslos?, ZGS 2008, S. 169–176.
- Kumm, Matthias*, Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, German Law Journal 7 (2006), S. 341–369.
- Kumpan, Christoph*, Die Regulierung außerbörslicher Wertpapierhandelssysteme im deutschen, europäischen und US-amerikanischen Recht, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Vorteilsabschöpfung bei Interessenkonflikten – Am Beispiel der kommissionsrechtlichen Herausgabepflicht, in: Baum, Harald/Fleckner, Andreas M. u. a. (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht: Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, De Gruyter Recht, Berlin 2008, S. 33–53 (zit. *Kumpan*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Hopt).
- Kumpan, Christoph / Hellgardt, Alexander*, Haftung der Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach Umsetzung der EU-Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID), DB 2006, S. 1714–1720.
- Kunig, Philip*, Gedanken zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Armbrüster, Christian/Canaris, Claus-Wilhelm u. a. (Hrsg.), Recht genau – Liber amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2009, S. 143–152 (zit. *Kunig*, in: FS Prölss).
- Kuntz, Thilo*, Die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung aus sprachphilosophischer Perspektive, AcP 215 (2015), S. 387–449.

- Kurz, Rudi*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Deregulierungsdiskussion, in: Wilkens, Herbert (Hrsg.), Deregulierung als ordnungs- und prozeßpolitische Aufgabe – Bericht über den wissenschaftlichen Teil der 48. Mitgliederversammlung der Arbeitsgemeinschaft Deutscher wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsinstitute e.V. in Bonn am 9. und 10. Mai 1985, Duncker & Humblot, Berlin 1986, S. 41–58.
- Laband, Paul*, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – I. Abschnitt. Titel 1 bis 3, AcP 73 (1888), S. 161–208.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian* (Hrsg.), Strafgesetzbuch – Kommentar, 28. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Lackner / Kühl, StGB).
- Ladeur, Karl-Heinz*, Die Prozeduralisierung der Bestimmung des Gemeinwohls – Zur Anpassung der liberalen Unterscheidung zwischen privaten und öffentlichen Interessen an die Bedingungen der postmodernen Gesellschaft, in: Brugger, Winfried / KIRSTE, Stephan / Anderheiden, Michael (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, Nomos, Baden-Baden 2002, S. 257–288.
- Der Staat gegen die Gesellschaft – Zur Verteidigung der Rationalität der „Privatrechtsgesellschaft“, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
 - Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht – „Verfassungsprivatrecht“ als Kollisionsrecht, in: Calliess, Galf-Peter / Fischer-Lescano, Andreas u. a. (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz – Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, De Gruyter Recht, Berlin 2009, S. 543–558 (zit. *Ladeur*, in: FS Teubner).
- Laffont, Jean-Jacques / Tirole, Jean*, The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Capture, 106 Q. J. Econ. 1089–1127 (1991).
- Landes, William M. / Posner, Richard A.*, The Private Enforcement of Law, 4 J. Leg. Stud. 1–46 (1975).
- Lang, Joachim*, Die Ausfüllung von Lücken in Steuergesetzen, in: Cagianut, Francis / Valender, Klaus A. (Hrsg.), Steuerrecht: Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts – Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Haupt, Bern 1995, S. 159–188 (zit. *Lang*, in: FS Höhn).
- Lange, Bettina*, s. v. regulation, in: Cane, Peter / Conaghan, Joanne (Hrsg.), The New Oxford Companion to Law, Oxford University Press, Oxford, New York 2008, S. 996–998.
- Langenbucher, Katja*, Rechtsprechung mit Wirkung für die Zukunft, JZ 2003, S. 1132–1140.
- Larenz, Karl*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, J.C.B. Mohr, Tübingen 1934.
- Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Junker & Dünnhaupt, Berlin 1938.
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer, Berlin u. a. 1960.
 - Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, S. 737–741.
 - Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft – Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 20. April 1966, De Gruyter, Berlin 1966.
 - Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik, C.H. Beck, München 1979.
 - Lehrbuch des Schuldrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C.H. Beck, München 1987 (zit. *Larenz*, Schuldrecht, Bd. I).
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Springer, Berlin / Heidelberg 1991.
- Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts – Zweiter Band: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., C.H. Beck, München 1994 (zit. *Larenz / Canaris*, Schuldrecht, Bd. II.2).
- /– Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Springer, Berlin u. a. 1995.
- Larenz, Karl / Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., C.H. Beck, München 2004.

- Lascombes, Pierre / Le Gales, Patrick*, Introduction: Understanding Public Policy through Its Instruments – From the Nature of Instruments to the Sociology of Public Policy Instrumentation, *Governance* 20 (2007), S. 1–21.
- Laufke, Franz*, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts – Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag*, Bd. I, De Gruyter; J.C.B. Mohr; J. Schweitzer; Vahlen, Berlin u.a. 1956, S. 145–188 (zit. *Laufke*, in: FS Lehmann, Bd. I).
- Leal, Fernando*, Ziele und Autorität – Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens, Nomos, Baden-Baden 2014.
- Ledyard, John O.*, s.v. market failure, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Bd. IV, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u.a. 2008, S. 300–304.
- Lee, Jungmin*, The Impact of a Mandatory Cooling-off Period on Divorce, 56 *J. L. & Econ.* 227–243 (2013).
- Leeuw, Frans L.*, The Carrot: Subsidies as a Tool of Government – Theory and Practice, in: Bemelmans-Videc, Marie-Louise/Rist, Ray C./Vedung, Evert (Hrsg.), *Carrots, Sticks & Sermons – Policy Instruments and Their Evaluation*, Transaction Publishers, New Brunswick u.a. 1998, S. 77–101.
- Leipold, Dieter*, Gibt es noch vorkonstitutionelle Vorschriften im BGB?, *NJW* 2003, S. 2657–2659.
- Leisner, Walter*, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck, München 1960.
- „Privatisierung“ des Öffentlichen Rechts – Von der „Hoheitsgewalt“ zum gleichordnenden Privatrecht, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- Leisner-Egensperger, Anna*, Die Folgerichtigkeit – Systemsuche als Problem für Verfassungsbegriff und Demokratiegebot, *DÖV* 2013, S. 533–539.
- Leiter, Brian*, American Legal Realism, in: Golding, Martin P./Edmundson, William A. (Hrsg.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Malden, Mass. 2006, S. 50–66.
- Lemaire, Donald*, The Stick: Regulation as a Tool of Government, in: Bemelmans-Videc, Marie-Louise/Rist, Ray C./Vedung, Evert (Hrsg.), *Carrots, Sticks & Sermons – Policy Instruments and Their Evaluation*, Transaction Publishers, New Brunswick u.a. 1998, S. 59–76.
- Lembcke, Oliver W.*, Law and Political Theory – The Other Side of the Story, in: van Klink, Bart/Taekema, Sanne (Hrsg.), *Law and Method – Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, S. 153–174.
- Lembke, Ulrike*, Einheit aus Erkenntnis? – Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normkompatibilisierung durch Interpretation, Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- Lepsius, Oliver*, *Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7*, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 319–366 (zit. *Lepsius*, *Die Verwaltung Beiheft Nr. 7*).
- Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 1–49.
- Anmerkung – zu BVerfG, Urteil v. 9. 12. 2008 – 2 BvL 1/07, 2/07, 1/08, 2/08, JZ 2009, S. 260–263.

- § 1 Regulierungsrecht in den USA: Vorläufer und Modell, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 3–75.
- Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), *Staat in der Krise – Krise des Staates? – Die Wiederentdeckung des Staates*, BWV, Berliner Wiss.-Verl, Berlin 2010, S. 25–48.
- Die maßstabsetzende Gewalt, in: *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren*, Suhrkamp, Berlin 2011, S. 159–279.
- Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 39–62.
- Lerche, Peter*, Koalitionsfreiheit und Richterrecht, NJW 1987, S. 2465–2472.
- Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung, in: Böttcher, Reinhard/Hueck, Götz/Jähne, Burkhard (Hrsg.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, De Gruyter, Berlin, New York 1996, S. 215–232 (zit. *Lerche*, in: FS Odersky).
- Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 2. Aufl., Keip, Goldbach 1999.
- Lerner, Daniel/Laswell, Harold* (Hrsg.), *The Policy Sciences – Recent Developments in Scope and Method*, Stanford University Press, Stanford, CA 1951.
- Lessig, Lawrence*, The New Chicago School, 27 J. Leg. Stud. 661–691 (1998).
- Leuschner, Lars*, Die Bedeutung von Allgemeinwohlinteressen bei der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung privatrechtlicher Regelungen am Beispiel der §§ 932 ff. BGB, AcP 205 (2005), S. 205–245.
- Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle – Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. AGB (sic!) unterliegen, AcP 207 (2007), S. 491–529.
- AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr – Zu den Grundlagen einer Reformdebatte, JZ 2010, S. 875–884.
- Das Haftungsprivileg der §§ 31 a, 31 b BGB, NZG 2014, S. 281–288.
- Die „Mietpreisbremse“ – Unzweckmäßig und verfassungsrechtlich höchst bedenklich, NJW 2014, S. 1929–1933.
- Levi-Faur, David*, The regulatory state and regulatory capitalism: an institutional perspective, in: ders. (Hrsg.), *Handbook on the Politics of Regulation*, Elgar, Cheltenham u. a. 2011, S. 662–672.
- Levine, Michael E./Forrence, Jennifer L.*, Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis, 6 JLEO 167–198 (1990).
- Lewis, John*, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States*, Callaghan, Chicago 1888.
- Lewis, William*, *Das Recht des Familienfideicommisses*, Weidmann, Berlin 1868.
- Leyens, Patrick C.*, Informationsintermediäre als Gatekeeper: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer modernen Intermediärhaftung, in: Eger, Thomas/Bigus, Jochen u. a. (Hrsg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Internationalization of the Law and its Economic Analysis – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag*, Gabler, Wiesbaden 2008, S. 159–170 (zit. *Leyens*, in: FS Schäfer).
- Leyens, Patrick C./Schäfer, Hans-Bernd*, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen – Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), S. 771–803.
- Liebs, Rüdiger*, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975), S. 1–43.

- Lieder, Jan*, Die Lehre vom unwirksamen Rechtsscheinträger – Ein Beitrag zu den rechtsdogmatischen und rechtsökonomischen Grundlagen des redlichen Erwerbs, AcP 210 (2010), S. 857–912.
- Lindner, Josef Franz*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen einer ökonomischen Theorie des Öffentlichen Rechts, JZ 2008, S. 957–963.
- Link, Heinz-Christoph*, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 48 – Staatszwecke im Verfassungsstaat – 40 Jahre nach dem Grundgesetz. Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, De Gruyter, Berlin, New York 1990, S. 7–55 (zit. *Link*, in: VVDStRL 48).
- Liscow, Zachary*, Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency, 123 Yale L. J. 2478–2510 (2014).
- Llewellyn, Karl N.*, Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound, 44 Harv. L. Rev. 1222–1264 (1931).
- The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method, 49 Yale L. J. 1355–1400 (1940).
- Lobinger, Thomas*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung – Zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im bürgerlichen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten – Zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275, 311a, 313 BGB n.F, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
 - Mindestlohn und Menschenwürde, in: Anderheiden, Michael/ Keil, Rainer u. a. (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen – Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 355–385 (zit. *Lobinger*, in: GS Brugger).
- Locke, John*, Two Treatises of Government – In the Former, The False Principles, and Foundation of Sir Robert Filmer, and His Followers, Are Detected and Overthrown. The Latter Is an Essay Concerning The True Original, Extent, and End of Civil Government, Awnsham Churchill, London 1690.
- Lockwood, Ben*, s.v. Pareto efficiency, in: Durlauf, Steven N./ Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. VI, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 292–295.
- Lohsse, Sebastian*, Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB – Die Entstehung des Wertungswiderspruchs zwischen § 933 und § 934 BGB, AcP 206 (2006), S. 527–554.
- Lombardi Vallauri, Luigi*, Geschichte des Freirechts, Klostermann, Frankfurt am Main 1971.
- Looschelders, Dirk*, Unerheblichkeit des Mangels und Arglist des Verkäufers – zugleich Anmerkung zum BGH-Urteil – V ZR 173/05 – vom 24. 3. 2006, JR 2007, S. 309–311.
- Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, S. 105–114.
- Lorenz, Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag – Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, C.H. Beck, München 1997.
- Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht, NJW 2004, S. 26–28.
 - Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht: Der BGH hat gesprochen und nichts ist geklärt, NJW 2005, S. 1321–1324.
 - Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 Abs. 5 S. 2 BGB, NJW 2006, S. 1925–1927.

- Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, S. 1175–1179.
 - Ein- und Ausbaurückforderung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, S. 2241–2245.
 - Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, JZ 2013, S. 704–708.
- Lübbe-Wolff, Gertrude*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte – Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Nomos, Baden-Baden 1988.
- Lüdemann, Christian*, Die Befolgung von Gesetzen. Eine theoriegeleitete Erklärung von Verhaltensbereitschaften und Verhalten auf der Grundlage einer Bevölkerungsumfrage, ZfRSoz 20 (1998), S. 116–135.
- Massendelikte, Moral und Sanktionswahrscheinlichkeit – Eine Analyse mit den Daten des ALLBUS 2000, Soziale Probleme 13 (2002), S. 128–155.
 - Zur Erklärung von Gesetzesübertretungen – Eine theoriegesteuerte Sekundäranalyse des ALLBUS 2000, in: Diekmann, Andreas/Eichner, Klaus u.a. (Hrsg.), Rational Choice: Theoretische Analysen und empirische Resultate – Festschrift für Karl-Dieter Opp zum 70. Geburtstag, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 193–209 (zit. *Lüdemann*, in: FS Opp).
- Lüdemann, Jörn*, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: Engel, Christoph/Englerth, Markus u.a. (Hrsg.), Recht und Verhalten – Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 7–59.
- Luhmann, Niklas*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Kohlhammer, Stuttgart [u.a.] 1974.
- Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1984.
 - Politische Steuerung – Ein Diskussionsbeitrag, in: Hartwich, Hans-Hermann (Hrsg.), Macht und Ohnmacht politischer Institutionen – 17. Wissenschaftlicher Kongress der DVPW, 12. bis 16. September 1988, in der Technischen Hochschule Darmstadt: Tagungsbericht, Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 12–16.
 - Steuerung durch Recht? Einige klarstellende Bemerkungen, ZfRSoz 12 (1991), S. 142–146.
 - Die Gesellschaft der Gesellschaft, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1998.
 - Recht als soziales System, ZfRSoz 20 (1999), S. 1–13.
 - Rechtssoziologie, 4. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008.
- Luig, Klaus*, s. v. Usus modernus, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1591–1594 (zit. *Luig*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Lutz, Johann von* (Hrsg.), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches – IX. Theil: Protokoll DXLVIII–DLXXXIX (3. Lesung des Handelsgesetzbuches), nebst Zusammenstellung der Erinnerungen zum Entwurf II. Lesung, Stahel'sche Buch- und Kunsthandlung, Würzburg 1861 (zit. *Lutz* (Hrsg.), ADHGB Protokolle, Bd. IX).
- Lux, Karl*, Die Entwicklung des Gutgläubensschutzes im 19. und 20. Jahrhundert mit besonderer Berücksichtigung des Wechselrechts, Enke, Stuttgart 1939.
- MacCormick, D. Neil*, Rights in Legislation, in: Hacker, Peter M. S./Raz, Joseph (Hrsg.), Law, Morality, and Society – Essays in honour of H.L.A. Hart, Clarendon Press, Oxford 1977, S. 189–209 (zit. *MacCormick*, in: FS H.L.A. Hart).
- Mäding, Heinrich/Mohr, Katrin*, Wanderungsprozesse in Ostdeutschland und Wohnungsmarkt – eine Herausforderung für Politik und Verwaltung, LKV 2001, S. 433–438.

- Maduro, Miguel Poiras*, So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition, 14 Journal of European Public Policy 814–825 (2007).
- Majer, Christian Friedrich*, Sittenwidrigkeit und das Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, S. 1926–1929.
- Majer, Johann Christian*, Autonomie vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelstandes – im R. deutschen Reiche, Heerbrandt, Tübingen 1782.
- Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz – Kommentar, 3. Aufl., Vahlen, München 1985 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt / Klein, Bonner Grundgesetz).
- Mangoldt, Hermann von / Klein, Friedrich / Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Vahlen, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: v. Mangoldt / Klein / Starck, GG).
- Manigk, Alfred*, Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, Vahlen, Berlin 1935.
- Das rechtswirksame Verhalten – Systematischer Aufbau und Behandlung der Rechtsakte des Bürgerlichen und Handelsrechts, De Gruyter, Berlin 1939.
- Manne, Henry G.*, Insider Trading and the Stock Market, Free Press, New York 1966.
- Mansel, Heinz-Peter*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums – Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, RabelsZ 70 (2006), S. 651–731.
- Marotta-Wurgler, Florencia*, Does Contract Disclosure Matter?, JITE 168 (2012), S. 94–119.
- Marotzke, Wolfgang*, Das Anwartschaftsrecht – ein Beispiel sinnvoller Rechtsfortbildung? – Zugleich ein Beitrag zum Recht der Verfügungen, Duncker & Humblot, Berlin 1977.
- Martens, Sebastian*, Rechtliche und außerrechtliche Argumente, RTh 42 (2011), S. 145–166.
- Methodenlehre des Unionsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Martens, Wolfgang*, Öffentlich als Rechtsbegriff, Gehlen, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1969.
- Martin-Ehlers, Andrés*, Drittschutz im Beihilfenrecht – Paradigmenwechsel in der deutschen Rechtsprechung, EuZW 2011, S. 583–591.
- Masing, Johannes*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts – Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Duncker & Humblot, Berlin 1997.
- Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts – Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen, AöR 128 (2003), S. 558–607.
- Mastronardi, Philippe*, Funktionales Recht – Zur Nutzung von Recht als Steuerungsmedium, in: Meier-Schatz, Christian J. (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts – Forschungsgespräch der Rechtswissenschaftlichen Abteilung anlässlich des 100-Jahr-Jubiläums der Universität St. Gallen im Juni 1998, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1999, S. 163–190.
- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit? – Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der Ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2009.
- Maultzsch, Felix*, Agenturgeschäfte im Gebrauchtwagenhandel und Gesetzesumgehung, ZGS 2005, S. 175–178.
- Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht, AcP 207 (2007), S. 530–563.
 - Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

- Der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs gemäß Art. 3 VerbrGK-RL – Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 16.6.2011 – verb. Rs. C-65/09 (Gebr. Weber GmbH/Wittmer) und C-87/09 (Putz/Medianess Electronics GmbH), GPR 2011, S. 253–259.
- Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht, JZ 2012, S. 1040–1050.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, Stand: 74. EL., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG).
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2011.
- Maurer, Stephen M.*, Regulation without government – European Biotech, Private Anti-Terrorism Standards, and the Idea of Strong Self-Governance, Nomos, Baden-Baden 2012.
- May, Peter J.*, Social Regulation, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), The Tools of Government – A Guide to the New Governance, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, S. 156–185.
- Mayer, Matthias*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie – Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, Nomos, Baden-Baden 2005.
- Mayer-Maly, Theo*, Vertrag und Einigung – (Teil I der „Studien zum Vertrag“), in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey – Zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Bd. I, C.H. Beck, München [u. a.] 1965, S. 509–522 (zit. *Mayer-Maly*, in: FS Nipperdey, Bd. I).
- Das Eigentumsverständnis der Gegenwart und die Rechtsgeschichte, in: Baumgärtel, Gottfried/Becker, Hans-Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Gruyter, Berlin, New York 1984, S. 145–158 (zit. *Mayer-Maly*, in: FS Hübner).
- Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Recht, Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 268–283.
- Eckpunkte einer Privatrechtsphilosophie, in: Honsell, Heinrich/Zäch, Roger u. a. (Hrsg.), Privatrecht und Methode – Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel Genf München 2004, S. 21–29 (zit. *Mayer-Maly*, in: FS Kramer).
- Mayntz, Renate*, (Hrsg.), Implementation politischer Programme II – Ansätze zur Theoriebildung, Westdeutscher Verlag, Opladen 1983.
- The Conditions of Effective Public Policy – a New Challenge For Policy Analysis, Policy & Politics 11 (1983), S. 123–143.
- Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme – Anmerkungen zu einem theoretischem Paradigma, in: Ellwein, Thomas/Hesse, Joachim Jens u. a. (Hrsg.), Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft – Band 1, Nomos, Baden-Baden 1987, S. 89–110.
- Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006, S. 11–20.
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W.*, Politische Steuerung – Heute?, ZfS 34 (2005), S. 236–243.
- McDaniel, Paul R.*, Tax Expenditures as Tools of Government Action, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), Beyond Privatization – The Tools of Government Action, Urban Institute Press, Washington, D.C 1988, S. 167–196.
- McLean, Iain/McMillan, Alistair*, The Concise Oxford Dictionary of Politics, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford/New York 2009.
- Medema, Steven G.*, The Hesitant Hand: Mill, Sidgwick, and the Evolution of the Theory of Market Failure, 39 Hist. Pol. Econ. 331–358 (2007).

- Medicus, Dieter*, Umweltschutz als Aufgabe des Zivilrechts – aus zivilrechtlicher Sicht, NuR 1990, S. 145–155.
- Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35–70.
- Meier, Bernd-Dieter*, Sanktionsforschung, in: Schneider, Hans Joachim (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie – Band 1: Grundlagen der Kriminologie, De Gruyter, Berlin 2007, S. 971–1010 (zit. *Meier*, in: Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. I).
- Meier-Hayoz, Arthur*, Der Richter als Gesetzgeber – Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Juris, Zürich 1951.
- Merkel, Adolf*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Verdross, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht: Untersuchungen zur reinen Rechtslehre – Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet, Springer, Wien 1931, S. 252–294 (zit. *Merkel*, in: FS Kelsen).
- Merkt, Hanno*, Unternehmenspublizität – Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach, ECFR 2004, S. 3–35.
- Merrill, Thomas W.*, The Property Strategy, 160 U. Pa. L. Rev. 2061–2095 (2012).
- Merrill, Thomas W. / Smith, Henry E.*, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle, 110 Yale L. J. 1–70 (2000).
- Merten, Detlef*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, J.C.B. Mohr, Tübingen 1975.
- Mertens, Bernd*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen – Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Merz, Hans*, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit – Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 20. April 1970, C.F. Müller, Karlsruhe 1970.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), S. 235–262.
- Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung, ZHR 137 (1973), S. 97–111.
 - Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz – Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1984, S. 455–472.
 - Die sichtbare Hand des Rechts – Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem bei Adam Smith, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz – Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1984, S. 104–135.
 - Mehrheitsglück und Minderheitsherrschaft. Zu Jeremy Bentham's Kritik der Menschenrechte, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz – Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1984, S. 158–172.
 - Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: ders. (Hrsg.), Recht und ökonomisches Gesetz – Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 1984, S. 397–413.
 - Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, in: ders. (Hrsg.), Recht in der offenen Gesellschaft – Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts- und Medienrecht, Nomos, Baden-Baden 1993, S. 11–25.

- Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, in: ders. (Hrsg.), *Recht in der offenen Gesellschaft – Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts- und Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden 1993, S. 60–73.
- *Wirtschaftsrecht*, in: ders. (Hrsg.), *Recht in der offenen Gesellschaft – Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts- und Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden 1993, S. 101–121.
- *A Legal Theory without Law – Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 35–52.
- Metzger, Axel*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2009 (zit. *Metzger*, Extra legem, intra ius).
- Metzger, Gillian E.*, To Tax, To Spend, To Regulate, 126 Harv. L. Rev. 83–116 (2012).
- Meyer, Ernst*, Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz, Mohr Siebeck, Tübingen 1984.
- Meyer-Cording, Ulrich*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein? – Zum Selbstverständnis der Rechtswissenschaft, J.C.B. Mohr, Tübingen 1973.
- Miceli, Thomas J. / Stone, Michael P.*, „Piggyback“ lawsuits and deterrence: Can frivolous litigation improve welfare?, 39 Int’l Rev. L. & Econ. 49–57 (2014).
- Michael, Lothar*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm komparativer Systeme – Methodenrechtliche Analyse und Fortentwicklung der Theorie der „beweglichen Systeme“ (Wilburg), Duncker & Humblot, Berlin 1997.
- Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, JuS 2001, S. 148–155.
- § 41 Formen- und Instrumentenmix, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung,ungsverfahren, Handlungsformen*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1639–1688 (zit. *Michael*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II).
- Michaels, Ralf*, s.v. Eigentum, in: Basedow, Jürgen / Hopt, Klaus J. / Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 358–362 (zit. *Michaels*, in: *HWB des Europäischen Privatrechts*, Bd. I).
- Michaels, Ralf / Jansen, Nils*, Private Law Beyond the State? – Europeanization, Globalization, Privatization, in: dies. (Hrsg.), *Beyond the State: Rethinking Private Law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 69–118.
- Michalczyk, Roman*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb – Eine rechtshistorische interdisziplinäre Suche nach einer europäischen Regulierungstradition am Beispiel der Entwicklung der Eisenbahn in England, Preußen und den USA, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Michelon, Claudio*, The Public, the Private, and the Law, in: Mac Amhlaigh, Cormac / Michelin, Claudio / Walker, Neil (Hrsg.), *After Public Law*, Oxford University Press, Oxford 2013, S. 83–100.
- Micklitz, Hans-Wolfgang*, Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken, Teil I, GPR 2009, S. 254–263.
- Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken, Teil II, GPR 2010, S. 2–8.
- Mill, John Stuart*, *Utilitarianism*, Parker, Son, and Bourn, London 1863.

- Miller, Geoffrey P.*, Independent Agencies, 1986 Sup. Ct. Rev. 41–97.
- Minister without Portfolio*, Lifting the Burden – Cmnd. 9571, London 1985.
- Mitnick, Barry M.*, The Political Economy of Regulation – Creating, Designing, and Removing Regulatory Forms, Columbia University Press, New York 1980.
- Mittenzwei, Ingo*, Teleologisches Rechtsverständnis – Wissenschaftstheoretische und geistesgeschichtliche Grundlagen einer zweckorientierten Rechtswissenschaft, Duncker & Humblot, Berlin 1988.
- Mittermaier, Carl Joseph Anton*, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts – mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts – Erster Band, 6. Aufl., Manz, Regensburg 1842 (zit. *Mittermaier*, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I).
- Mock, Sebastian*, Gestreckte Verfahrensabläufe im Europäischen Insiderhandelsrecht – Zugleich Besprechung von EuGH v. 28. Juni 2012 – Rs C-19/11 (Geltl/Daimler AG), ZBB 2012, S. 286–292.
- Möllers, Christoph*, Staat als Argument, C.H. Beck, München 2000.
- Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Verw-Arch 92 (2002), S. 22–61.
 - Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG, NJW 2005, S. 1973–1979.
 - Vorüberlegungen zu einer Wissenschaftstheorie des öffentlichen Rechts, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 151–174.
 - § 3 Methoden, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 123–178 (zit. *C. Möllers*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I).
- Möllers, Thomas M. J. / Kernchen, Eva*, Information Overload am Kapitalmarkt – Plädoyer zur Einführung eines Kurzfinanzberichts auf empirischer, psychologischer und rechtsvergleichender Basis, ZGR 2011, S. 1–26.
- Mommsen, Theodor*, Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft, in: ders. Gesammelte Schriften – Band 3: Juristische Schriften, Weidmann, Berlin 1907, S. 580–591 (zit. *Mommsen*, in: Gesammelte Schriften, Bd. III).
- Morell, Alexander*, Anmerkung – zu BGH, Urteil v. 17. 6. 2014 – VI ZR 281/13, JZ 2014, S. 1168–1172.
- Die Rolle von Tatsachen bei der Bestimmung von „Obliegenheiten“ im Sinne von § 254 BGB am Beispiel des Fahrradhelms, AcP 214 (2014), S. 387–424.
- Morlok, Martin*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 179–214.
- Mörsdorf, Oliver*, Verpflichtung des Käufers zur Zahlung eines Nutzungsentgelts im Rahmen der Neulieferung einer mangelhaften Kaufsache – Zugleich Besprechung EuGH v. 17.4.2008 – Rs C-404/06 – Quelle, ZIP 2008, S. 1409–1417.
- Möschel, Wernhard*, Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung, JZ 1988, S. 885–893.
- Regulierung und Deregulierung – Versuch einer theoretischen Grundlegung, in: Fuchs, Andreas/Schwintowski, Hans-Peter/Zimmer, Daniel (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung – Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2004, S. 277–290 (zit. *Möschel*, in: FS Immenga).

- Möslein, Florian*, Contract Governance und Corporate Governance im Zusammenspiel – Lehren aus der globalen Finanzkrise, JZ 2010, S. 72–80.
- Dispositives Recht – Zwecke, Strukturen und Methoden, Mohr Siebeck, Tübingen 2011.
 - Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr – Same same, but different?, in: Calliess, Galf-Peter (Hrsg.), Transnationales Recht – Stand und Perspektiven, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, S. 155–171.
- Möslein, Florian / Riesenhuber, Karl*, Contract Governance – A Draft Research Agenda, ERCL 5 (2009), S. 248–289.
- Müllbert, Peter O.*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt – Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), S. 2–33.
- Das inexistente Anwartschaftsrecht und seine Alternativen, AcP 202 (2002), S. 912–950.
 - Einheit der Methodenlehre? – Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich, AcP 214 (2014), S. 188–300.
 - Erwerberschutz bei gestreckten Erwerbsvorgängen – Funktions- und Wirkungsparallelen bei Vorbehaltseigentum, Vormerkung und dinglichem Vorkaufsrecht, AcP 214 (2014), S. 309–361.
- Müller, Friedrich / Christensen, Ralph*, Juristische Methodik – Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 2009 (zit. *Müller / Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I).
- Müller, Georg*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl., Schulthess, Zürich 2006.
- Müller, Jürgen / Vogelsang, Ingo*, Staatliche Regulierung – Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland, Nomos, Baden-Baden 1979.
- Müller-Erbach, Rudolf*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? – Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 1932.
- Müller-Freienfels, Wolfram*, „Vorrang des Verfassungsrechts“ und „Vorrang des Privatrechts“, in: Löwisch, Manfred / Schmidt-Leithoff, Christian / Schmiedel, Burkhard (Hrsg.), Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1991, S. 423–470 (zit. *Müller-Freienfels*, in: FS Rittner).
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Erfurter Komm. z. ArbR).
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: v. Münch / Kunig, GG).
- Mungan, Murat C.*, Welfare enhancing regulation exemptions, 31 Int’l Rev. L. & Econ. 249–255 (2011).
- Münkler, Herfried / Bluhm, Harald* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemein Sinn – Zwischen Normativität und Faktizität, Akademie Verlag, Berlin 2002.
- Münkler, Herfried / Fischer, Karsten* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemein Sinn im Recht – Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, Akademie Verlag, Berlin 2002.
- Murakami, Junichi*, Zur Geschichte des Begriffs „Privatautonomie“, in: Dieckmann, Albrecht / Frank, Rainer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Nomos, Baden-Baden 1986, S. 467–480 (zit. *Murakami*, in: FS Müller-Freienfels).
- Murswiek, Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik – Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

- Muscheler, Karlheinz*, Relativismus und Freirecht – Ein Versuch über Hermann Kantorowicz, C.F. Müller, Heidelberg 1984.
- Musielak, Hans-Joachim*, Zur Nacherfüllung beim Kauf, in: Michaels, Ralf/Solomon, Dennis (Hrsg.), Liber Amicorum Klaus Schurig – zum 70. Geburtstag, Sellier – European Law Publishers, München 2012, S. 211–228 (zit. *Musielak*, in: FS Schurig).
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz – Kommentar, 12. Aufl., Vahlen, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO).
- Muttelsee, Anna Bettina*, Die Sicherung des Rechtsfriedens im Bereich der Privatklagedelikte – Analyse und Reformüberlegungen, Diss. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn 1991.
- Nassehi, Armin*, Soziologie – Zehn einführende Vorlesungen, 2. Aufl., VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2011.
- Neschke-Hentschke, Ada*, Die uneingeschränkt beste Polisordnung (VII–VIII), in: Höffe, Otfried (Hrsg.), Aristoteles, Politik, Akademie Verlag, Berlin 2001, S. 169–186.
- Nettesheim, Martin*, Die mitgliedstaatliche Durchführung von EG-Richtlinien – Eine Untersuchung am Beispiel der Luftqualitätsrahmenrichtlinie, Duncker & Humblot, Berlin 1999.
- Subjektive Rechte im Unionsrecht, AöR 132 (2007), S. 333–392.
- Neuner, Jörg*, Privatrecht und Sozialstaat, C.H. Beck, München 1999.
- Die Einwirkung der Grundrechte auf das deutsche Privatrecht, in: ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 159–176.
- Newig, Jens*, Symbolische Gesetzgebung zwischen Machtausübung und gesellschaftlicher Selbsttäuschung, in: Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael (Hrsg.), Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 4. – 6. September 2008, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 301–322.
- Niblett, Anthony*, Case-by-Case Adjudication and the Path of the Law, 42 J. Leg. Stud. 303–330 (2013).
- Niblett, Anthony/Posner, Richard A./Shleifer, Andrei*, The Evolution of a Legal Rule, 39 J. Leg. Stud. 325–358 (2010).
- Nipperdey, Hans Carl*, Grundrechte und Privatrecht, Scherpe, Krefeld 1961.
- Niskanen, William A.*, Bureaucracy and Representative Government, Aldine Transaction, New Brunswick NJ 2007.
- Noll, Peter*, Gesetzgebungslehre, Rowohlt, Reinbek 1973.
- Noll, Richard G.*, Economic Perspectives on the Politics of Regulation, in: Schmalensee, Richard/Willig, Robert D. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Bd. II, North-Holland, Amsterdam, New York 1989, S. 1254–1287.
- Nörr, Knut Wolfgang*, Zwischen den Mühlsteinen – Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, J.C.B. Mohr, Tübingen 1988.
- Eher Hegel als Kant – Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert, Schöningh, Paderborn 1991.
 - Die Leiden des Privatrechts – Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, J.C.B. Mohr, Tübingen 1994.
 - Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit – Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses, Müller, Heidelberg 1996.

- Note – NFIB v. Sebelius and the Individualization of the State Action Doctrine, 127 Harv. L. Rev. 1174–1195 (2014).
- Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Blackwell, Oxford 1974.
- Nußbaum, Arthur, Die Rechtstatsachenforschung – Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (1914), in: ders. (Hrsg.), *Die Rechtstatsachenforschung – Programmschriften und praktische Beispiele*, Duncker & Humblot, Berlin 1968, S. 18–47.
- O’Hara, Erin A./Ribstein, Larry E., *The Law Market*, Oxford University Press, Oxford/New York 2009.
- Oertmann, Paul, *Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., C. Heymanns, Berlin 1927 (zit. Oertmann, Komm. z. BGB, Bd. I).
- Oestmann, Peter, Die Ermittlung von Verkehrssitten und Handelsbräuchen im Zivilprozeß, JZ 2003, S. 285–290.
- Ogorek, Regina, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Klostermann, Frankfurt am Main 1986.
- Ogus, Anthony, Corrective Taxes and Financial Impositions as Regulatory Instruments, MLR 61 (1998), S. 767–788.
- Regulation – Legal Form and Economic Theory, Hart, Oxford u.a. 2004.
- Ohly, Ansgar, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1–47.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – mit Preisangabenverordnung*, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Ohly/Sosnitza, UWG).
- Olsen, Frances E., The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform, 96 Harv. L. Rev. 1497–1578 (1983).
- The Myth of State Intervention in the Family, 18 U. Mich. J. L. Reform 835–864 (1985).
- Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action – Public Goods and the Theory of Groups*, 2. Aufl., Harvard University Press, Cambridge/Mass 1971.
- Oman, Nathan B./Solomon, Jason M., The Supreme Court’s Theory of Private Law, 62 Duke L. J. 1109–1168 (2013).
- Opp, Karl-Dieter, *Soziologie im Recht*, Rowohlt, Reinbek 1973.
- Die Entstehung sozialer Normen – Ein Integrationsversuch soziologischer, sozialpsychologischer und ökonomischer Erklärungen, J.C.B. Mohr, Tübingen 1983.
- Wann befolgt man Gesetze? – Entwicklung und Probleme einer Theorie, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), *Kraft Gesetz – Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 35–63.
- Ossenbühl, Fritz, Abwägung im Verfassungsrecht, in: Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Janbernd u.a. (Hrsg.), *Abwägung im Recht – Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung*, C. Heymanns, Köln 1996, S. 25–41 (zit. Ossenbühl, in: FS Hoppe).
- Osterloh, Lerke, Folgerichtigkeit – Verfassungsgerichtliche Rationalitätsanforderungen in der Demokratie, in: Bäuerle, Michael/Dann, Philipp/Wallrabenstein, Astrid (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven – Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 429–442 (zit. Osterloh, in: FS Bryde).
- Osterloh-Konrad, Christine, „Quelle“ und die Folgen: kein Nutzungsersatz bei Ersatzlieferung, CR 2008, S. 545–550.
- Ott, Claus, Allokationseffizienz, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung – die immanente ökonomische Rationalität des Zivilrechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 23.–26. März 1988, Springer, Berlin, Heidelberg 1989, S. 25–44.

- Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd, Die Anreiz- und Abschreckungsfunktion im Zivilrecht, in: dies. (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen – Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25. – 28. März 1998, J.C.B. Mohr, Tübingen 1999, S. 131–155.
- Pacces, Alessio M./van den Bergh, Roger J., An introduction to the law and economics of regulation, in: dies. (Hrsg.), Regulation and Economics, Elgar, Northampton 2010, S. 1–22.
- Papier, Hans-Jürgen, § 18 Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, De Gruyter, Berlin 1984, S. 799–850 (zit. *Papier*, in: Handbuch des VerfR, Bd. I).
- § 55 Drittwirkung der Grundrechte, in: Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa – Bd. II: Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, C.F. Müller, Heidelberg 2006, S. 1331–1361 (zit. *Papier*, in: Handbuch der Grundrechte, Bd. II).
 - Verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Rahmen des Wirtschaftsrechts, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 2011, S. 1093–1102 (zit. *Papier*, in: FS Säcker).
- Parsons, Talcott, The Structure of Social Action – A Study in Social Theory With Special Reference to a Group of Recent European Writers, Free Press; Collier-Macmillan, New York/London 1968.
- Paschke, Regine, Rauchverbote im Mietverhältnis, NZM 2008, S. 265–270.
- Pawlowski, Hans-Martin, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen – (Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften) – Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, Schwartz, Göttingen 1966.
- Das Gesetz als Mittel der gesellschaftlichen Steuerung im pluralistischen Staat, in: Kaase, Max (Hrsg.), Politische Wissenschaft und politische Ordnung – Analysen zu Theorie und Empirie demokratischer Regierungsweise – Festschrift zum 65. Geburtstag von Rudolf Wildenmann, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 1986, S. 172–190 (zit. *Pawlowski*, in: FS Wildenmann).
 - Methodenlehre für Juristen – Theorie der Norm und des Gesetzes: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- Payandeh, Mehrdad, Das Gebot der Folgerichtigkeit: Rationalitätsgewinn oder Irrweg der Grundrechtsdogmatik?, AöR 136 (2011), S. 578–615.
- Peine, Franz-Joseph, Systemgerechtigkeit – Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Nomos, Baden-Baden 1985.
- Peltzman, Sam, Toward a More General Theory of Regulation, 19 J. L. & Econ. 211–240 (1976).
- Penner, James E., The Analysis of Rights, Ratio Juris 10 (1997), S. 300–315.
- The Idea of Property in Law, Clarendon Press; Oxford University Press, Oxford, New York 1997.
- Perner, Stefan, EU-Richtlinien und Privatrecht, Manz, Wien 2012.
- Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Peters, Anne, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 69 – Gemeinwohl durch Wettbewerb?, De Gruyter, Berlin, New York 2010, S. 7–56 (zit. *A. Peters*, in: VVDStRL 69).
- Peters, B. Guy/van Nispen, Frans K. M. (Hrsg.), Public Policy Instruments – Evaluating the Tools of Public Administration, Elgar, Cheltenham [u. a.] 1998.

- Peters, Hans*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz, Rolf / Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey – Zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965, Bd. II, C.H. Beck, München [u. a.] 1965, S. 877–895 (zit. *Peters*, in: FS Nipperdey, Bd. II).
- Petersen, Jens*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz – Dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Petersen, Niels*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 49 (2010), S. 435–455.
- Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle – Eine rechtsempirische Studie verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung zu den Freiheitsgrundrechten, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Pfeiffer, Manfred / Gelau, Christhard*, Determinanten regelkonformen Verhaltens am Beispiel des Straßenverkehrs – Variablen der Norminternalisierung im Zusammenwirken mit Effekten polizeilicher Überwachungstätigkeit, *KZfSS* 54 (2002), S. 694–713.
- Physikalisch-Technische Bundesanstalt* (Hrsg.), Die gesetzlichen Einheiten in Deutschland, 2012, http://www.ptb.de/cms/fileadmin/internet/publikationen/broschueren/Einheiten_deutsch.pdf.
- Picker, Christian*, Niedriglohn und Mindestlohn, *RdA* 2014, S. 25–36.
- Picker, Eduard*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Röhrscheid, Bonn 1972.
- Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt, *AcP* 183 (1983), S. 369–520.
 - Richterrecht und Richterrechtsetzung – Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts, *JZ* 1984, S. 153–163.
 - Vertragliche und deliktische Schadenshaftung – Überlegungen zu einer Neustrukturierung der Haftungssysteme, *JZ* 1987, S. 1041–1058.
 - Schuldrechtsreform und Privatautonomie – Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB, *JZ* 2003, S. 1035–1048.
 - Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht – Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 207–270.
 - Richterrecht und Rechtsdogmatik – Zur rechtsdogmatischen Disziplinierung des Richterrechts, in: Bumke, Christian (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 85–119.
- Pierce, Richard J. / Gellhorn, Ernest*, *Regulated Industries in a Nutshell*, 4. Aufl., West Group, St. Paul / Minn 1999.
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf*, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 30. Aufl., Müller, Heidelberg 2014.
- Pierre, Jon / Peters, B. Guy*, *Governance, Politics and the State*, St. Martin's Press, New York 2000.
- Pietzcker, Jost*, Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff, in: Maurer, Hartmut (Hrsg.), *Das Akzeptierte Grundgesetz – Festschrift für Günter Dürig zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München 1990, S. 345–363 (zit. *Pietzcker*, in: FS Dürig).
- Pigou, Arthur C.*, *The Economics of Welfare*, 4. Aufl., Macmillan, London 1932.
- Pils, Michael Johannes*, Rechtsschutz gegen self-executing Normen, *JA* 2011, S. 113–115.
- Planck, Gottlieb*, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz – Band VI: Einführungsgesetz*, 3. Aufl., Guttentag, Berlin 1905 (zit. *Planck*, BGB).
- Windscheid als Mitarbeiter am Bürgerlichen Gesetzbuche, *DJZ* 1909, S. 951–954.

- Platon*, Sämtliche Werke – Band 2: Lysis, Symposium, Phaidon, Kleitophon, Politeia, Phaidros, Rowohlt, Reinbek 1994.
- Sämtliche Werke – Band 4: Timaios, Kritias, Minos, Nomoi, Rowohlt, Reinbek 1994.
- Podlech, Adalbert*, Wertungen und Werte im Recht, AöR 95 (1970), S. 185–223.
- Podszun, Rupperecht*, Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte – Evolution und Legitimation der Rechtsprechung in deregulierten Branchen, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Poelzig, Dörte*, Privat(rechtlich)e Normdurchsetzung – Chance und Herausforderung auf globalen Märkten, ZVglRWiss 110 (2011), S. 395–407.
- Normdurchsetzung durch Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Pohlmann, Petra*, Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess – Am Beispiel der Kosten-Preis-Schere, in: Bruns, Alexander / Kern, Christoph Alexander u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag – 1. Teilband: Deutsches Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 435–454 (zit. *Pohlmann*, in: FS Stürner, Bd. I).
- Polinsky, A. Mitchell*, An Introduction to Law and Economics, 4. Aufl., Wolters Kluwer Law & Business, New York 2011.
- Polinsky, A. Mitchell / Shavell, Steven*, The Uneasy Case for Product Liability, 123 Harv. L. Rev. 1437–1492 (2010).
- /– Costly litigation and optimal damages, 37 Int'l Rev. L. & Econ. 86–89 (2014).
- Poscher, Ralf*, Grundrechte als Abwehrrechte – Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, RW 2010, S. 349–372.
- Wozu Juristen streiten – Eine agonistische Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten, JZ 2013, S. 1–11.
- Posner, Richard A.*, Theories of Economic Regulation, 5 Bell J. Econ. & Manage. Sci. 335–358 (1974).
- The Problems of Jurisprudence, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1990.
- Frontiers of Legal Theory, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2001.
- Law, Pragmatism, and Democracy, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2003.
- Law and Literature, 3. Aufl., Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2009.
- Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts) – An Analytical Framework, in: Kessler, Daniel P. (Hrsg.), Regulation versus Litigation – Perspectives from Economics and Law, The University of Chicago Press, Chicago 2011, S. 11–26.
- Economic Analysis of Law, 9. Aufl., Wolters Kluwer Law & Business, New York 2014.
- Posner, Richard A. / Rosenfield, Andrew M.*, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 J. Leg. Stud. 83–118 (1977).
- Potacs, Michael*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, S. 465–487.
- Pötters, Stephan / Christensen, Ralph*, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, JZ 2011, S. 387–394.
- Pound, Roscoe*, Law in Books and Law in Action, 44 Am. L. Rev. 12–36 (1910).
- Prechal, Sacha*, Directives in EC law, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford / New York 2005.
- Prokisch, Rainer*, Von der Sach- und Systemgerechtigkeit zum Gebot der Folgerichtigkeit, in: Kirchhof, Paul / Lehner, Moris u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Müller, Heidelberg 2000, S. 293–310 (zit. *Prokisch*, in: FS Vogel).
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band I – Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I, Guttentag, Berlin 1897 (zit. Protokolle der 2. Kommission, Bd. I).

- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band III – Sachenrecht, Guttentag, Berlin 1899 (zit. Protokolle der 2. Kommission, Bd. III).
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Band VI – Anwendung ausländischer Gesetze. – Entwurf II des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Revision. – Entwurf des Einführungsgesetzes. – Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes [et]c., Guttentag, Berlin 1899 (zit. Protokolle der 2. Kommission, Bd. VI).
- Prütting, Hanns*, Prozessuale Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung – Überlegungen zur Zulässigkeit und zu den Grenzen der Rechtsfortbildung mit einem Vorschlag an den Gesetzgeber, in: Rechtswissenschaftliche Fakultät Köln (Hrsg.), Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, C. Heymanns, Köln u. a. 1988, S. 305–323 (zit. *Prütting*, in: FS 600 Jahre Universität zu Köln).
- Prütting, Hanns / Wegen, Gerhard / Weinreich, Gerd* (Hrsg.), BGB – Kommentar, 10. Aufl., Luchterhand, Köln 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Prütting / Wegen / Weinreich, BGB).
- Puchta, Georg Friedrich*, Das Gewohnheitsrecht – Erster Theil, Palm, Erlangen 1828 (zit. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I).
- Das Gewohnheitsrecht – Zweiter Theil, Palm, Erlangen 1837 (zit. *Puchta*, Das Gewohnheitsrecht, Bd. II).
 - Cursus der Institutionen – Erster Band, Breitkopf und Härtel, Leipzig 1841 (zit. *Puchta*, Cursus der Institutionen, Bd. I).
 - Pandekten, 2. Aufl., Barth, Leipzig 1844.
- Püls, Joachim*, Parteiautonomie – Die Bedeutung des Parteiwillens und die Entwicklung seiner Schranken bei Schuldverträgen im deutschen Rechtsanwendungsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, Duncker & Humblot, Berlin 1995.
- Purnhagen, Kai*, Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung – Ein Paukenschlag aus Luxemburg, EuZW 2011, S. 626–630.
- Never the Twain Shall Meet? – A Critical Perspective on Cultural Limits Between Internal Continental Dogmatism and Consequential US-Style Law and Economics Theory, in: Mathis, Klaus (Hrsg.), Law and Economics in Europe – Foundations and Applications, Springer, Dordrecht u. a. 2014, S. 3–21.
- Pütter, Johann Stephan*, Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte – Zweyter Theil, Vandenhoeck, Göttingen 1779 (zit. *Pütter*, Beiträge zum Teutschen Staats- und Fürsten-Rechte, Bd. II).
- Püttner, Günter*, Privatisierung, LKV 1994, S. 193–196.
- Quirk, Paul J.*, Industry Influence in Federal Regulatory Agencies, Princeton University Press, Princeton/N.J. 1981.
- Raabe, Oliver / Wacker, Richard / Oberle, Daniel / Baumann, Christian / Funk, Christian*, Recht ex machina – Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, Springer Vieweg, Berlin 2012.
- Radbruch, Gustav*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Quelle & Meyer, Leipzig 1932.
- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105–108.
 - Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Koehler, Stuttgart 1963.
- Radin, Max*, A Restatement of Hohfeld, 51 Harv. L. Rev. 1141–1164 (1938).
- Raiser, Ludwig*, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1935.
- Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1–8.
 - Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Caemmerer, Ernst von / Friesenhahn, Ernst / Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – Festschrift zum

- Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. I, C.F. Müller, Karlsruhe 1960, S. 101–134 (zit. *L. Raiser*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I).
- Dingliche Anwartschaften, J.C.B. Mohr, Tübingen 1961.
 - Grundgesetz und Privatrechtsordnung, C.H. Beck, München u. Berlin 1967.
 - Die Zukunft des Privatrechts, in: ders. (Hrsg.), Die Aufgabe des Privatrechts – Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, Kronenberg/Ts 1977, S. 208–234.
- Raiser, Thomas*, Beiträge zur Rechtssoziologie, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Die Reichweite des Richterrechts am Beispiel des Rechts der Gründung einer GmbH, in: Jung, Peter / Lamprecht, Philipp u. a. (Hrsg.), Einheit und Vielheit im Unternehmensrecht – Festschrift für Uwe Blaurock zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 385–400 (zit. *T. Raiser*, in: FS Blaurock).
 - Grundlagen der Rechtssoziologie, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Randa, Anton*, Das Eigenthumsrecht – mit besonderer Rücksicht auf die Werthpapiere des Handelsrechtes nach österreichischem Rechte mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts und der neueren Gesetzbücher, 2. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1893.
- Rasmusen, Eric*, Of Sex and Drugs, and Rock'n'Roll: Does Law and Economics Support Social Regulation?, 21 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 71–81 (1997).
- Rauscher, Thomas / Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung – mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2012 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. ZPO).
- Rawls, John*, Two Concepts of Rules, Philosophical Review 64 (1955), S. 3–32.
- A Theory of Justice, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass./London 1971.
- Raz, Joseph*, On the Nature of Rights, Mind 93 (1984), S. 194–214.
- The Morality of Freedom, Clarendon Press; Oxford University Press, Oxford/New York 1986.
 - The Functions of Law, in: ders. (Hrsg.), The Authority of Law – Essays on Law and Morality, 2. Aufl., Oxford University Press, Oxford, New York 2009, S. 163–179.
- Rea-Frauchiger, Maria Anna*, Der amerikanische Rechtsrealismus – Karl N. Llewellyn, Jerome Frank, Underhill Moore, Duncker & Humblot, Berlin 2006.
- Rebe, Bernd*, Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliärerwerb, AcP 173 (1973), S. 186–202.
- Redeker, Philipp*, Die Verkäuferhaftung beim Unternehmens- und Grundstückskauf – Die Grenzziehung zwischen Gewährleistungsrecht und Informationshaftung, NJW 2012, S. 2471–2475.
- Regelsberger, Ferdinand*, Pandekten – Erster Band, Duncker & Humblot, Leipzig 1893 (zit. *Regelsberger*, Pandekten, Bd. I).
- Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates – Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem, Die Verwaltung Beiheft Nr. 4, Duncker & Humblot, Berlin 2001.
- Rehberg, Markus*, Der staatliche Umgang mit Information – Das europäische Informationsmodell im Lichte von Behavioral Economics, in: Eger, Thomas / Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung – Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (29. März bis 1. April 2006), Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 284–354.
- Das Rechtfertigungsprinzip – Eine Vertragstheorie, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Rehbinder, Manfred*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 2. Aufl., Duncker & Humblot, Berlin 1986.

- Rechtssoziologie, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2009.
- Rehbinder, Manfred / Schelsky, Helmut* (Hrsg.), *Zur Effektivität des Rechts*, Bertelsmann Univ.-Verl., Düsseldorf 1972.
- Reich, Norbert*, Horizontal liability in EC law: Hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights, CMLR 44 (2007), S. 705–742.
- Reichelt, Muna*, Die Absicherung teleologischer Argumente in der Zivilrechtsprechung des Bundesgerichtshofes – Eine empirisch-deskriptive Analyse, Duncker & Humblot, Berlin 2011 (zit. *Reichelt*, Die Absicherung teleologischer Argumente).
- Reimer, Franz*, Ziele und Zuständigkeiten – Die Funktionen der Unionszielbestimmungen, EuR 2003, S. 992–1012.
- Reinach, Adolf*, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung 1 (1913), S. 685–847.
- Reinhardt, Rudolf*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität Bonn (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, C.F. Müller, Karlsruhe 1957, S. 115–138 (zit. *Reinhardt*, in: FS Schmidt-Rimpler).
- Reinking, Kurt*, Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf den Neu- und Gebrauchtwagenkauf, DAR 2001, S. 8–15.
- Reinking, Kurt / Eggert, Christoph*, Der Autokauf – Rechtsfragen beim Kauf neuer und gebrauchter Kraftfahrzeuge sowie beim Leasing, 12. Aufl., Werner, Köln 2014.
- Remien, Oliver*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Remmert, Barbara*, Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes, Müller, Heidelberg 1995.
- Renck, Ludwig*, Zum Anwendungsbereich des Satzes „lex posterior derogat legi priori“, JZ 1970, S. 770–771.
- Rennert, Klaus*, Beihilferechtliche Konkurrentenklagen vor deutschen Verwaltungsgerichten, EuZW 2011, S. 576–583.
- Legitimation und Legitimität des Richters, JZ 2015, S. 529–538.
- Reppen, Tilman*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts – Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee, Josef (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 11–98.
- Reuling, Wilhelm*, Referat, in: Schriftführeramt der Ständigen Deputation (Hrsg.), Verhandlungen des Fünfzehnten deutschen Juristentages – Zweiter Band, Guttentag, Berlin 1881, S. 62–130 (zit. *Reuling*, in: Verhandlungen des 15. DJT, Bd. II).
- Reuter, Dieter*, Wiederbelebung der Fideikommisse im Rechtskleid der privatrechtlichen Stiftung?, in: Hoyer, Andreas / Hattenhauer, Hans u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jörn Eckert – 15. Mai 1954 bis 21. März 2006, Nomos, Baden-Baden 2008, S. 677–693 (zit. *Reuter*, in: GS Eckert).
- Rieschläger, Klaus*, Die Freirechtsbewegung – Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Diss. Freie Universität, Berlin 1967.
- Riedel, Manfred*, Der Begriff der „Bürgerlichen Gesellschaft“ und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs – aus: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. XLVIII, 1962, S. 539–566, in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang (Hrsg.), Staat und Gesellschaft, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1976, S. 77–108.

- Riedel, Norbert K.*, Gott in der Europäischen Verfassung? – Zur Frage von Gottesbezug, Religionsfreiheit und Status der Kirchen im Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuR 2005, S. 676–683.
- Riehm, Thomas*, Die „Würdigung aller Umstände des Einzelfalls“ – ein unbekanntes Phänomen, RW 2013, S. 1–39.
- Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit – Die Konsequenzen der Änderung des § 323 II BGB, NJW 2014, S. 2065–2069.
- Rieker, Karl*, Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung, Zeitschrift für Litteratur und Geschichte der Staatswissenschaften 2 (1894), S. 14–67.
- Riesenhuber, Karl*, EU-Vertragsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.
- Ringe, Wolf-Georg*, Der Nacherfüllungsort im Kaufrecht, NJW 2012, S. 3393–3398.
- Menügesetzgebung im Privatrecht, AcP 213 (2013), S. 98–127.
- Ringe, Wolf-Georg / Hellgardt, Alexander*, The International Dimension of Issuer Liability – Liability and Choice of Law from a Transatlantic Perspective, Oxford J. L. Stud. 31 (2011), S. 23–60.
- Rittner, Fritz*, Über den Vorrang des Privatrechts, in: Dieckmann, Albrecht / Frank, Rainer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, Nomos, Baden-Baden 1986, S. 509–524 (zit. *Rittner*, in: FS Müller-Freienfels).
- Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), S. 101–139.
- Der privatautonome Vertrag als rechtliche Regelung des Soziallebens, JZ 2011, S. 269–274.
- Rixen, Stephan*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, JZ 2013, S. 708–712.
- Rödig, Jürgen*, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, Springer, Berlin u. a. 1969.
- Einführung in eine analytische Rechtslehre, Springer, Berlin / Heidelberg 1986.
- Roever, Wilhelm*, Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen, Koch, Rostock 1874.
- Röhl, Hans Christian*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, S. 831–839.
- § 18 Finanzmarktaufsicht, in: Fehling, Michael / Ruffert, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 1003–1051.
- Röhl, Klaus F.*, Rechtssoziologie – Ein Lehrbuch, C. Heymanns, Köln u. a. 1987.
- Röhl, Klaus F. / Machura, Stefan*, 100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute, JZ 2013, S. 1117–1128.
- Röhl, Klaus F. / Röhl, Hans Christian*, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Aufl., C. Heymanns, Köln 2008.
- Romano, Roberta*, Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, 1 JLEO 225–283 (1985).
- The Genius of American Corporate Law, AEI Press, Washington, D.C. 1993.
- Romberg, Tobias*, Links vor rechts – Auf Samoa sollen die Autos die Straßenseite wechseln. Nun rebelliert das Volk, Die Zeit 2009 Nr. 01, S. 20.
- Rosen, Lawrence*, Law as culture – An invitation, Princeton University Press, Princeton 2006.
- Rosenau, James N.*, Governance, Order, and Change in World Politics, in: Rosenau, James N. / Czempiel, Ernst Otto (Hrsg.), Governance Without Government – Order and Change in World Politics, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1992, S. 1–29.
- Rosenau, James N. / Czempiel, Ernst Otto* (Hrsg.), Governance Without Government – Order and Change in World Politics, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1992.

- Rösler, Hannes*, Arglist im Schuldvertragsrecht, AcP 207 (2007), S. 564–613.
- Ross, Edward Alsworth*, Social Control – A Survey of the Foundations of Order, Macmillan, London 1901.
- Roth, Herbert*, Anmerkung – zu BGH, Urteil v. 24. 3. 2006 – V ZR 173/05, JZ 2006, S. 1026–1028.
- Roth, Markus*, Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel – Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen, AcP 208 (2008), S. 451–489.
- Roth, Wolfgang*, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum – Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, Duncker & Humblot, Berlin 1994.
- Die Überprüfung fachgerichtlicher Urteile durch das Bundesverfassungsgericht und die Entscheidung über die Annahme einer Verfassungsbeschwerde, AöR 121 (1996), S. 544–577.
- Roth, Wulf-Henning*, Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht, RabelsZ 55 (1991), S. 623–672.
- Die richtlinienkonforme Auslegung, EWS 2005, S. 385–396.
 - Privatautonomie und die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian u. a. (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, C. Heymanns, Köln 2009, S. 393–422 (zit. *W.-H. Roth*, in: 2. FS Medicus).
 - Die „horizontale“ Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) – Zum Fra.bo-Urteil des EuGH, EWS 2013, S. 16–27.
- Röthel, Anne*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.
- Anmerkung – zu BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, JR 2010, S. 26–27.
- Rothenhöfer, Kay*, Interaktion zwischen Aufsichts- und Zivilrecht – Dualismus der Wohlverhaltensregeln des WpHG unter besonderer Berücksichtigung der Vertriebsvergütungen, in: Baum, Harald/Fleckner, Andreas M. u. a. (Hrsg.), Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Deutsches, europäisches und internationales Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht: Beiträge für Klaus J. Hopt aus Anlass seiner Emeritierung, De Gruyter Recht, Berlin 2008, S. 55–84 (zit. *Rothenhöfer*, in: Perspektiven des Wirtschaftsrechts – Beiträge für Hopt).
- Rott, Peter*, The Court of Justice's Principle of Effectiveness and its Unforeseeable Impact on Private Law Relationships, in: Leczykiewicz, Dorota/Weatherill, Stephen (Hrsg.), The Involvement of EU Law in Private Law Relationships, Hart, Oxford 2013, S. 181–198.
- Rottleuthner, Hubert*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt 1973.
- Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: Rotter, Frank/Weinberger, Ota/Wieacker, Franz (Hrsg.), Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz – Referate von dem internationalen Symposium der Österreichischen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) in Retzhof bei Graz vom 7.-12. Mai 1979, ARSP Beiheft Nr. 13, Steiner, Wiesbaden 1980, S. 97–118 (zit. *Rottleuthner*, ARSP Beiheft Nr. 13).
 - Einführung in die Rechtssoziologie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1987.
- Rottleuthner, Hubert/Rottleuthner-Lutter, Margret*, Effektivität von Recht – Der Beitrag der Rechtssoziologie, in: Wagner, Gerhard (Hrsg.), Kraft Gesetz – Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010, S. 13–34.

- /– Recht und Kausalität, in: Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael (Hrsg.), *Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen*, Luzern 4.–6. September 2008, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 17–41.
- Rottmann, Frank*, Bemerkungen zu den „neuen“ Methoden der Neuen Verwaltungswissenschaft, in: Christensen, Ralph/Pieroth, Bodo (Hrsg.), *Rechtstheorie in rechtspraktischer Absicht – Freundesgabe zum 70. Geburtstag von Friedrich Müller*, Duncker & Humblot, Berlin 2010, S. 207–216 (zit. *Rottmann*, in: FS F. Müller).
- Rousseau, Jean-Jacques*, *Du Contrat Social – ou Principes du Droit Politique*, Rey, Amsterdam 1762.
- Rückert, Joachim*, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, ZRG GA 125 (2008), S. 199–255.
- Rückert, Joachim/Seinecke, Ralf*, *Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall*, in: dies. (Hrsg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2012, S. 23–34.
- Rudden, Bernard*, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, in: Eekelaar, John/Bell, John (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press; Oxford University Press, Oxford, New York 1987, S. 239–263.
- Ruffert, Matthias*, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, CMLR 34 (1997), S. 307–336.
- Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, AöR 124 (1999), S. 237–281.
- Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts – Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- § 7 Begriff, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 332–361.
- Rüfner, Thomas*, s. v. Historische Rechtsschule, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 829–833 (zit. *Rüfner*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
- Rüfner, Wolfgang*, *Drittwirkung der Grundrechte – Versuch einer Bilanz*, in: Selmer, Peter/Münch, Ingo von (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, De Gruyter, Berlin, New York 1987, S. 215–230 (zit. *W. Rüfner*, in: GS Martens).
- § 197 Grundrechtsadressaten, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2011, S. 793–842 (zit. *W. Rüfner*, in: HStR, Bd. IX).
- Rühl, Giesela*, *Regulatory Competition in Contract Law: Empirical Evidence and Normative Implications*, ERCL 9 (2013), S. 61–89.
- Rumpf, Max*, *Gesetz und Richter – Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung*, Liebmann, Berlin 1906.
- Runde, Peter/Giese, Reinhard/Kaphengst, Claudia*, *Rechtliche Wirkungsforschung am Beispiel der Pflegeversicherung – Research on Legal Effects within the Context of the German Long-Term-Care Insurance*, ZfRSoz 32 (2011), S. 59–99.
- Rupp, Hans Heinrich*, § 31 Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2004, S. 879–927 (zit. *Rupp*, in: HStR, Bd. II).

- Rusch, Konrad*, Gewinnhaftung bei Verletzung von Treuepflichten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Russell, Milton / Shelton, Robert B.*, A Model of Regulatory Agency Behavior, 20 Public Choice 47–62 (1974).
- Rüthers, Bernd*, Wer schafft Recht? – Methodenfragen als Macht- und Verfassungsfragen, JZ 2003, S. 995–997.
- Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2005.
 - Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, S. 446–451.
 - Methodenfragen als Verfassungsfragen?, RTh 40 (2009), S. 253–283.
 - Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, S. 1856–1858.
 - Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat – Verfassung und Methoden. Ein Essay, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Rüthers, Bernd / Fischer, Christian / Birk, Axel*, Rechtstheorie – mit Juristischer Methodenlehre, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2015.
- Rüthers, Bernd / Stadler, Astrid*, Allgemeiner Teil des BGB, 18. Aufl., C.H. Beck, München 2014.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 7. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Sachs, GG).
- Säcker, Franz Jürgen*, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht – Zur Reform des deutschen Energie- und Telekommunikationsrechts, AöR 130 (2005), S. 180–224.
- Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., C.H. Beck, München 2012 ff., teilweise auch 7. Aufl., 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. BGB).
- Sacksosfsky, Ute*, § 40 Anreize, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band II: Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1577–1637 (zit. *Sacksosfsky*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II).
- Saladin, Peter*, Verantwortung als Staatsprinzip – Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, P. Haupt, Bern 1984.
- Salamon, Lester M.*, Rethinking Public Management – Third-Party Government and the Changing Forms of Government Action, 29 Public Policy 255–275 (1981).
- (Hrsg.), Beyond Privatization – The Tools of Government Action, Urban Institute Press, Washington/D.C. 1988.
 - Economic Regulation, in: ders. (Hrsg.), The Tools of Government – A Guide to the New Governance, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, S. 117–155.
 - (Hrsg.), The Tools of Government – A Guide to the New Governance, Oxford University Press, Oxford/New York 2002.
- Sambuc, Thomas*, Folgenerwägungen im Richterrecht – Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Duncker & Humblot, Berlin 1977.
- Samuelson, Paul A.*, The Pure Theory of Public Expenditure, 36 Rev. Econ. & Stat. 387–389 (1954).
- Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure, 37 Rev. Econ. & Stat. 350–356 (1955).

- Sandmo, Agnar*, s. v. public goods, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Bd. VI, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 739–747.
- Savigny, Eike von*, Die Jurisprudenz im Schatten des Empirismus – Polemische Anmerkungen zu Hans Albert: Erkenntnis und Recht, in: Albert, Hans/Luhmann, Niklas u. a. (Hrsg.), *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft*, Bertelsmann Universitätsverlag, Düsseldorf 1972, S. 97–108.
- Savigny, Friedrich Carl von*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- *System des heutigen Römischen Rechts – Dritter Band*, Veit und Comp., Berlin 1840 (zit. *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. III).
 - *System des heutigen Römischen Rechts – Erster Band*, Veit und Comp., Berlin 1840 (zit. *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I).
 - *System des heutigen Römischen Rechts – Achter Band*, Veit und Comp., Berlin 1849 (zit. *Savigny*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. VIII).
- Sax, Emil*, *Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft – Band II: Die Eisenbahnen*, Alfred Hölder, Wien 1879 (zit. *Sax*, *Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft*, Bd. II).
- Schack, Haimo*, Anmerkung – zu BGH, Urteil v. 17. 12. 2010 – V ZR 45/10, JZ 2011, S. 375–376.
- Schaefer, Hans/Baumann, Diethelm*, Compliance-Organisation und Sanktionen bei Verstößen, NJW 2011, S. 3601–3605.
- Schäfer, Carsten*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002), S. 397–434.
- Schäfer, Hans-Bernd*, Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung – Beiträge zum Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 23.–26. März 1988, Springer, Berlin, Heidelberg 1989, S. 1–24.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer, Berlin, Heidelberg 1986.
- /– *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5. Aufl., Springer, Berlin/Heidelberg 2012.
- Schanz, Michael/Schuck, Petra*, Hebammen – bedrohen Haftpflichtprämien einen Berufsstand?, RDG 2012, S. 220–225.
- Schanze, Erich*, Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A. – Verbindungslinien zur realistischen Tradition, in: Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 2. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen 1993, S. 1–16.
- Schapp, Jan*, *Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung*, Duncker & Humblot, Berlin 1977.
- Scharpf, Fritz W.*, Politische Steuerung und Politische Institutionen, in: Hartwich, Hans-Hermann (Hrsg.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen – 17. Wissenschaftlicher Kongress der DVPW*, 12. bis 16. September 1988, in der Technischen Hochschule Darmstadt: Tagungsbericht, Westdeutscher Verlag, Opladen 1989, S. 17–29.
- Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: Marks, Gary/Scharpf, Fritz W. u. a. (Hrsg.), *Governance in the European Union*, SAGE, London, Thousand Oaks, Calif 1996, S. 15–39.
- Scheler, Max*, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik – Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, 5. Aufl., Francke, Bern/München 1966.

- Schelsky, Helmut*, Der Mensch in der wissenschaftlichen Zivilisation, in: ders. (Hrsg.), Auf der Suche nach Wirklichkeit – Gesammelte Aufsätze, Eugen Diederichs, Düsseldorf, Köln 1965, S. 439–480.
- Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, in: Lautmann, Rüdiger/Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut (Hrsg.), Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft, Bertelsmann, Bielefeld 1970, S. 37–89.
- Schenke, Ralf Peter*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht – Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Schepel, Harm*, Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference: On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law, *European Law Journal* 18 (2012), S. 177–200.
- Who's afraid of the total market? On the horizontal application of the free movement provisions in EU law, in: Lianos, Ioannis/Odudu, Okeoghene (Hrsg.), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO – Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 2012, S. 301–315.
- Schlink, Bernhard*, Abwägung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1976.
- Bemerkungen zum Stand der Methodendiskussion in der Verfassungsrechtswissenschaft, *Der Staat* 19 (1980), S. 73–107.
 - Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 445–465 (zit. *Schlink*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II).
- Schlosser, Johann Georg*, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt, und den Entwurf des preussischen Gesetzbuchs insbesondere, Fleischer, Frankfurt 1789.
- Schmid, Christoph U.*, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Nomos, Baden-Baden 2010.
- Schmidt, Detlef*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, Nomos, Baden-Baden 1985.
- Schmidt, Eike*, Der Umgang mit Normtatsachen im Zivilprozeß, in: Broda, Christian/Deutsch, Erwin u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied, Darmstadt 1985, S. 807–818 (zit. *E. Schmidt*, in: FS Wassermann).
- Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz, *NJW* 1989, S. 1192–1197.
- Schmidt, Frank-Hermann*, Verhaltensforschung und Recht – Ethologische Materialien zu einer Rechtsanthropologie, Duncker & Humblot, Berlin 1982.
- Schmidt, Jan Peter*, s.v. Kodifikation, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 986–990 (zit. *J.P. Schmidt*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- s.v. Pandektensystem, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1132–1136 (zit. *J.P. Schmidt*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Schmidt, Jessica*, Die „Granulat“-Entscheidung des BGH zum kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch – Eine dogmatische und rechtspolitische Analyse, *GPR* 2013, S. 210–220.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., C. Heymanns, Köln 2002.
- Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, *AcP* 206 (2006), S. 169–204.

- Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils“ – Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes „Personengesellschaft“, AcP 209 (2009), S. 181–204.
 - Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften – Zur Aufgabenteilung zwischen Gesetzgebung, Justiz und Wissenschaft, JZ 2009, S. 10–20.
 - (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., C.H. Beck; Vahlen, München 2010 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: MünchKomm. HGB).
- Schmidt, Reiner*, Öffentliches Wirtschaftsrecht – Allgemeiner Teil, Springer, Berlin/Heidelberg 1990.
- Die Ordnung des Marktes durch Recht, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 889–902 (zit. *R. Schmidt*, in: FS Scholz).
 - Grenzen legislativer Regulierung: Komplexität, Dynamik, Flexibilität als Argument?, in: Gehlen, Boris/Schorkopf, Frank (Hrsg.), Demokratie und Wirtschaft – Eine interdisziplinäre Herausforderung, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 19–28.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen – Einleitende Problemskizze, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 7–40.
- Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Springer, Berlin/New York 2006.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., C. Heymanns, Köln 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG).
- Schmidt-Kessel, Martin*, § 17 Europäisches Vertragsrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre – Handbuch für Ausbildung und Praxis, 3. Aufl., De Gruyter, Berlin u. a. 2015, S. 373–394.
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 56 – Kontrolle der auswärtigen Gewalt. Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, De Gruyter, Berlin, New York 1997, S. 160–234 (zit. *Schmidt-Preuß*, in: VVDStRL 56).
- Schmitt, Carl*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934.
- Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders. (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954 – Materialien zu einer Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Berlin 1958, S. 140–173.
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard* (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Mohr Siebeck, Tübingen 2003 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: HKK BGB).
- Schmolke, Klaus Ulrich*, Das Servitutenrecht des BGB aus rechtsökonomischer Sicht, WM 2010, S. 740–748.
- Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht – Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
 - Zuckerbrot und Peitsche – Eine Annäherung an die Funktionsbedingungen rechtlicher Verhaltenssteuerung durch Sanktion und Belohnung mit Beispielen aus dem Wirtschaftsrecht, JZ 2015, S. 121–129.

- Schneider, Christian*, Erfüllungszwang bei Gewinnzusagen – verfassungsmäßig? – Eine Kritik an § 661 a BGB, BB 2005, S. 1653–1658.
- Schneider, Hans-Peter*, 50 Jahre Grundgesetz – Vom westdeutschen Provisorium zur gesamtdeutschen Verfassung, NJW 1999, S. 1497–1504.
- Schneider, Ute*, Das Familienrecht als Instrument der Gesellschaftsgestaltung in der DDR, in: Becker, Michael/Zimmerling, Ruth (Hrsg.), Politik und Recht, PVS Sonderheft Nr. 36, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 601–620 (zit. *Schneider*, PVS Sonderheft Nr. 36).
- Schoch, Friedrich*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz, Helmuth (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 177–210 (zit. *Schoch*, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7).
- Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, in: Gesellschaft für Rechtspolitik/Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier (Hrsg.), Bitburger Gespräche – Jahrbuch 2008/I, C.H. Beck, München 2009, S. 147–162 (zit. *Schoch*, in: Bitburger Gespräche 2008/I).
- Scholz, Rupert*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – 1. Teil, AöR 100 (1975), S. 80–130.
- Schlanker Staat tut not!, in: Ruland, Franz/Maydell, Bernd von/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Heidelberg 1998, S. 987–1017 (zit. *Scholz*, in: FS Zacher).
- Schön, Wolfgang*, Der Nießbrauch an Sachen – Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung, O. Schmidt, Köln 1992.
- Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 160 (1996), S. 221–249.
 - Der „Wettbewerb“ der europäischen Steuerordnungen als Rechtsproblem, in: Pelka, Jürgen (Hrsg.), Europa- und verfassungsrechtliche Grenzen der Unternehmensbesteuerung, O. Schmidt, Köln 2000, S. 191–226 (zit. *Schön*, in: DSjG 23).
 - Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit, StuW 2005, S. 247–255.
 - Playing different games? Regulatory competition in tax and company law compared, CMLR 42 (2005), S. 331–365.
 - Corporate Disclosure in a Competitive Environment – the Quest for a European Framework on Mandatory Disclosure, JCLS 6 (2006), S. 259–298.
 - Quellenforscher und Pragmatiker – Ein Schlusswort, in: Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 313–321.
 - Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: Heldrich, Andreas/Prölss, Jürgen u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. I, C.H. Beck, München 2007, S. 1191–1211 (zit. *Schön*, in: FS Canaris, Bd. I).
 - Tax and Corporate Governance: A Legal Approach, in: ders. (Hrsg.), Tax and Corporate Governance, Springer, Berlin, Heidelberg 2008, S. 31–61.
 - Unternehmenspublizität und Wettbewerb – eine ökonomische und rechtspolitische Perspektive, in: ders. (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, Springer, Berlin, Heidelberg 2009, S. 563–616.
 - Besteuerungsgleichheit und Subventionsgleichheit, in: Mellinghoff, Rudolf/Schön, Wolfgang/Viskorf, Hermann-Ulrich (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat – Festschrift

- für Wolfgang Spindler zum 65. Geburtstag, O. Schmidt, Köln 2011, S. 189–202 (zit. *Schön*, in: FS W. Spindler).
- § 5 Gläubigerschutz in der geschlossenen Kapitalgesellschaft, in: Bachmann, Gregor/Eidenmüller, Horst u. a. (Hrsg.), Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, ZGR Sonderheft Nr. 18, De Gruyter, Berlin 2012, S. 112–162 (zit. *Schön*, ZGR Sonderheft Nr. 18).
 - Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE, ZGR 2013, S. 333–365.
 - Leitideen des Steuerrechts – oder: Nichtwissen als staatswissenschaftliches Problem, StuW 2013, S. 289–297.
- Schön, Wolfgang/Hellgardt, Alexander/Osterloh-Konrad, Christine*, Bankenabgabe und Verfassungsrecht – Teil I: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit als Sonderabgabe, WM 2010, S. 2145–2157.
- Schönberger, Christoph*, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 71 – Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, De Gruyter, Berlin, Boston 2012, S. 296–335 (zit. *Schönberger*, in: VVDStRL 71).
- Schoppmeyer, Heinrich*, Juristische Methode als Lebensaufgabe – Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- Schorkopf, Frank*, Regulierung nach den Grundsätzen des Rechtsstaates: Zielvorstellungen guter Ordnung im neueren Verwaltungsrecht, JZ 2008, S. 20–29.
- Schröder, Jan*, Zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen 1993, S. 961–974 (zit. *Schröder*, in: FS Gernhuber).
- Schröder, Meinhard*, Grenzen der Umlage von Kosten auf die Allgemeinheit – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Überlegungen am Beispiel der Förderung erneuerbarer Energien, AöR 140 (2015), S. 89–120.
- Schubert, Claudia*, Das Streikverbot für Beamte und das Streikrecht aus Art. 11 EMRK im Konflikt, AöR 137 (2012), S. 92–117.
- Schubert, Werner* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht. Teil 3: Grundbuchordnung, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und sachenrechtliche Vorlagen von 1876–1879, De Gruyter, Berlin, New York 1982 (zit. *Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren: Sachenrecht, Bd. III).
- Schuck, Peter H.*, Tort Liability, in: Salamon, Lester M. (Hrsg.), The Tools of Government – A Guide to the New Governance, Oxford University Press, Oxford, New York 2002, S. 466–489.
- Schulte-Nölke, Hans*, Editorial: Der EuGH gestaltet das Kaufrecht radikal um, ZGS 2011, S. 289.
- Schultz, Michael*, Irrtum Mietpreisbremse, ZRP 2014, S. 37–41.
- Schulz, Fritz*, Prinzipien des römischen Rechts – Vorlesungen, Duncker & Humblot, München 1934.
- Schulz, Günther/Schmoeckel, Mathias/Hausman, William J.* (Hrsg.), Regulation between Legal norms and Economic Reality – Intentions, Effects, and Adaptation: The German and American Experiences 2014.
- Schulze, Reiner/Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Hoeren, Thomas/Kemper, Rainer/Saenger,*

- Ingo / Schulte-Nölke, Hans / Staudinger, Ansgar*, Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar, 8. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Schulze u. a., BGB).
- Schulze-Fielitz, Helmuth*, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung – Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Nomos, Baden-Baden 1990, S. 11–47.
- (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung Beiheft Nr. 7, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
 - § 12 Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 823–902 (zit. *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I).
- Schumann, Ekkehard*, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Duncker & Humblot, Berlin 1963.
- Schuppert, Gunnar Folke*, Grenzen und Alternativen von Steuerung durch Recht, in: Grimm, Dieter (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Nomos, Baden-Baden 1990, S. 217–249.
- Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415–447.
 - Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: Gusy, Christoph (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben – Kriterien – Grenzen – Folgen, Nomos, Baden-Baden 1998, S. 72–115.
 - Gemeinwohl, das – Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Schuppert, Gunnar Folke / Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Ed. Sigma, Berlin 2002, S. 19–64.
 - Gemeinwohldefinition im pluralistischen Verfassungsstaat, GewArch 2004, S. 441–447.
 - Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in: ders. (Hrsg.), Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006, S. 371–469.
 - Was ist und wozu Governance?, Die Verwaltung 40 (2007), S. 463–511.
 - Governance – auf der Suche nach Konturen eines „anerkannt uneindeutigen Begriffs“, in: Schuppert, Gunnar Folke / Zürn, Michael (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft Nr. 41, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 13–40 (zit. *Schuppert*, PVS Sonderheft Nr. 41).
 - Alles Governance oder was?, Nomos, Baden-Baden 2011.
 - § 16 Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1067–1159 (zit. *Schuppert*, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I).
- Schuppert, Gunnar Folke / Bumke, Christian*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung – Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des „einfachen“ Rechts, Nomos, Baden-Baden 2000.
- Schwabe, Jürgen*, Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte – Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, W. Goldmann, München 1971.

- Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte, AöR 100 (1975), S. 442–470.
- Schwartz, Alan / Scott, Robert E.*, Rethinking the Laws of Good Faith Purchase, 111 Colum. L. Rev. 1332–1383 (2011).
- Schwartzstein, Joshua / Shleifer, Andrei*, An Activity-Generating Theory of Regulation, 56 J. L. & Econ. 1–38 (2013).
- Schweitzer, Heike*, Zurechnung von Wissen beim Unternehmenskauf, in: Eger, Thomas / Bigus, Jochen u.a. (Hrsg.), Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse – Internationalization of the Law and its Economic Analysis – Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag, Gabler, Wiesbaden 2008, S. 559–573 (zit. *Schweitzer*, in: FS Schäfer).
- Staatliche Gemeinwohlverantwortung und Wettbewerb, in: Becker, Ulrich / Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Gemeinwohlverantwortung im Binnenmarkt, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 1–26.
- Standardisierung als Mittel zur Förderung und Beschränkung des Handels und des Wettbewerbs – Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.7. 2012 im Fall Fra.bo SpA/Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches e.V. (Rs. C-171/11), EuZW 2012, S. 765–770.
- Scott, John / Marshall, Gordon*, A Dictionary of Sociology, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford / New York 2009.
- Seibt, Christoph H.*, Der (Stimm-)Rechtsverlust als Sanktion für die Nichterfüllung kapitalmarktrechtlicher Mitteilungspflichten im Lichte des Vorschlags der Europäischen Kommission zur Reform der Transparenzrichtlinie, ZIP 2012, S. 797–803.
- Seibt, Christoph H. / Schwarz, Simon*, Aktienrechtsuntreue – Analyse und aktienrechtsspezifische Konturierung der Untreuestrafbarkeit von Geschäftsleitern bei Pflichtverletzungen, AG 2010, S. 301–315.
- Seifert, Achim*, Die horizontale Wirkung von Grundrechten – Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen, EuZW 2012, S. 696–702.
- Seinecke, Ralf*, Richtige Reinheit oder reine Richtigkeit? – Rechtslehren nach Hans Kelsen und Karl Larenz, JZ 2010, S. 279–287.
- Seiter, Hugo*, Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung, in: Grunsky, Wolfgang / Stürner, Rolf u.a. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, J.C.B. Mohr, Tübingen 1981, S. 573–593 (zit. *Seiter*, in: FS Baur).
- Senge, Lothar* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: KarlsruKomm. OWiG).
- Seydel, Max von*, Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, 2. Aufl., J.C.B. Mohr, Freiburg 1897.
- Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, 3. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen/Leipzig 1903.
- Sharfman, I. Leo*, Railway Regulation – An Analysis of the Underlying Problems in Railway Economics from the Standpoint of Government Regulations, La Salle Extension University, Chicago 1915.
- Shavell, Steven*, Strict Liability versus Negligence, 9 J. Leg. Stud. 1–25 (1980).
- A Note on Efficiency vs. Distributional Equity in Legal Rulemaking: Should Distributional Equity Matter Given Optimal Income Taxation?, 71 AER 414–418 (1981).
- Liability for Harm versus Regulation of Safety, 13 J. Leg. Stud. 357–374 (1984).
- Economic Analysis of Accident Law, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London 1987.
- The Optimal Structure of Law Enforcement, 36 J. L. & Econ. 255–87 (1993).

- Foundations of Economic Analysis of Law, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/Mass 2004.
- Eminent Domain versus Government Purchase of Land Given Imperfect Information about Owners' Valuations, 53 J. L. & Econ. 1–27 (2010).
- Corrective Taxation versus Liability, 101 AER 273–276 (2011).
- Corrective Taxation versus Liability as a Solution to the Problem of Harmful Externalities, 54 J. L. & Econ. S249–S266 (2011).
- A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation, 42 J. Leg. Stud. 275–302 (2013).
- A simple model of optimal deterrence and incapacitation, 42 Int'l Rev. L. & Econ. 13–19 (2015).
- Shirvani, Foroud*, Eigentumsschutz und Grundrechtskollision, DÖV 2014, S. 173–180.
- Shleifer, Andrei*, Understanding Regulation, 11 Eur. Fin. Managemt. 439–451 (2005).
- Efficient Regulation, in: Kessler, Daniel P. (Hrsg.), Regulation versus Litigation – Perspectives from Economics and Law, The University of Chicago Press, Chicago 2011, S. 27–43.
- Siber, Heinrich*, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jher. Jb. 70 (1921), S. 223–299.
- Sidgwick, Henry*, The Methods of Ethics, Macmillan, London 1874.
- Siems, Mathias M. / mac Síthigh, Daithí*, Mapping Legal Research, C.L.J. 71 (2012), S. 651–676.
- Siepe, Ludwig*, Der Zweck des Staates und die Legitimation seiner Gewalten (Kap. 9), in: Rehm, Michaela/Ludwig, Bernd (Hrsg.), John Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Akademie Verlag, Berlin 2012, S. 115–129.
- Simon, Alfons / Busse, Jürgen* (Hrsg.), Bayerische Bauordnung 2008 – Kommentar, Stand: 120. EL., C.H. Beck, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung).
- Simon, Dieter*, Die Unabhängigkeit des Richters, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1975.
- Simon, Herbert A.*, s.v. rationality, bounded, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. VI, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 893–895.
- Singer, Joseph William*, The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld, 1982 Wis. L. Rev. 975–1059.
- Legal Realism Now, 76 Cal. L. Rev. 465–544 (1988).
- Property as the Law of Democracy, 63 Duke L. J. 1287–1335 (2014).
- Singer, Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, C.H. Beck, München 1995.
- Smith, Adam*, An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Strahan & Cadell, London 1776.
- Smith, Henry E.*, Property as the Law of Things, 125 Harv. L. Rev. 1691–1726 (2012).
- Smith, Stephen A.*, Duties, Liabilities, and Damages, 125 Harv. L. Rev. 1727–1756 (2012).
- Sodan, Helge*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864–873.
- Soergel, Hans Th. / Siebert, Wolfgang* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 1988 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Soergel, BGB).
- Sohm, Rudolph*, Über Begriffsjurisprudenz, DJZ 1909, S. 1019–1024.

- Söllner, Alfred*, Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommisses, in: Medicus, Dieter/Seiler, Hans Hermann (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1976, S. 657–669 (zit. *Söllner*, in: FS Kaser).
- Soltwedel, Rüdiger/Busch, Axel/Groß, Alexander/Laaser, Claus-Friedrich*, Deregulierungspotentiale in der Bundesrepublik, J.C.B. Mohr, Tübingen 1986.
- Sontis, Johannes M.*, Strukturelle Betrachtungen zum Eigentumsbegriff, in: Paulus, Gottfried/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1973, S. 981–1002 (zit. *Sontis*, in: FS Larenz).
- Soto, Hernando de*, The Mystery of Capital – Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else, Basic Books, New York 2000.
- Spellman, Barbara A.*, Law and Psychology – Problems and Promise, in: van Klink, Bart/Taekema, Sanne (Hrsg.), Law and Method – Interdisciplinary Research into Law, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, S. 109–131.
- Spencer, Herbert*, The Man versus the State, William & Norgate, London/Oxford 1884.
- Spickhoff, Andreas*, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 345–415.
- Spieß, Karl-Heinz*, s.v. Lehn(s)recht, Lehnswesen, in: Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – II. Band: Haustür – Lippe, E. Schmidt, Berlin 1978, S. 1725–1741 (zit. *Spieß*, in: HRG, Bd. II).
- s.v. Lehnserneuerung, in: Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG) – II. Band: Haustür – Lippe, E. Schmidt, Berlin 1978, S. 1708–1710 (zit. *Spieß*, in: HRG, Bd. II).
- Spittler, Gerd*, Norm und Sanktion – Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus, Walter, Olten 1967.
- Stadler, Astrid*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion – Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, J.C.B. Mohr, Tübingen 1996.
- Stagl, Jakob Fortunat*, Gutgläubiger Fahrniserwerb als „sofortige Ersitzung“ – Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB, AcP 211 (2011), S. 530–582.
- Stamm, Jürgen*, Zur Rechtsstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht, ZZP 124 (2011), S. 433–459.
- Stammler, Rudolf*, Der Garantievertrag – Eine civilistische Abhandlung, AcP 69 (1886), S. 1–141.
- Die Lehre vom richtigen Rechte, Guttentag, Berlin 1902.
- Stampe, Ernst*, Gesetz und Richtermacht, DJZ 1905, S. 1017–1020.
- Starck, Christian*, Wie kommen die Grundrechte ins Privatrecht und wie wirken sie dort?, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph Alexander u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag – 1. Teilband: Deutsches Recht, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 61–77 (zit. *Starck*, in: FS Stürner, Bd. I).
- Stark, Johanna*, Form Follows Function – Die Funktionen des Rechts unter dem Einfluss des Rechtswettbewerbs, in: Jakl, Bernhard/Brunhöber, Beatrice u. a. (Hrsg.), Recht und Frieden – Wozu Recht? – Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2012 in Münster und im April 2013 in Berlin, ARSP Beiheft Nr. 140, Steiner, Stuttgart 2014, S. 159–167 (zit. *Stark*, ARSP Beiheft Nr. 140).
- Staub, Hermann*, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag – in Beiträgen von H. Dernburg, Frz. v. Liszt, R.

- Schroeder, H. Staub, Guttentag, Berlin 1902, S. 29–56 (zit. *Staub*, in: FS für den XXVI. DJT).
- Staudinger, Julius von* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 13. Aufl., Sellier – European Law Publishers, München 1994 ff. (zit. *Bearbeiter*, in: Staudinger).
- Stebut, Dietrich von*, Subsidies as an Instrument of Economic Policy, in: Daintith, Terence (Hrsg.), Law as an Instrument of Economic Policy – Comparative and Critical Approaches, De Gruyter, Berlin, New York 1988, S. 137–152.
- Steffek, Felix*, Präventionsdefizite im Insolvenzanfechtungsrecht – Zugleich ein Plädoyer für die Einführung einer Geschäftsleiter-Disqualifizierung nach englischem Vorbild, ZRP 2007, S. 228–230.
- Skizzen einer Gerechtigkeitstheorie für das Privatrecht, Manuskript 2014.
- Stein, Friedrich*, Das private Wissen des Richters – Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse, Hirschfeld, Leipzig 1893.
- Stein, Lorenz von*, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage – Erster Band: Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830, O. Wigand, Leipzig 1850 (zit. v. *Stein*, Geschichte der socialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage, Bd. I).
- Steindorff, Ernst*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, C.H. Beck, München 1973, S. 217–244 (zit. *Steindorff*, in: FS Larenz).
- Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?, in: Baur, Fritz/Esser, Josef u. a. (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr, Tübingen 1974, S. 621–643 (zit. *Steindorff*, in: FS Raiser).
- Anmerkung – zu EuGH, Urt. v. 2.8.1993 – C-259, 331 u. 332/91 Allué II, JZ 1994, S. 95–98.
- EG-Vertrag und Privatrecht, Nomos, Baden-Baden 1996.
- Stelkens, Paul/Bonk, Hans-Joachim/Sachs, Michael* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 8. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG).
- Sterk, Stewart E.*, Strict Liability and Negligence in Property Theory, 160 U. Pa. L. Rev. 2129–2156 (2012).
- Stern, Klaus*, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche – Jahrbuch 1984, C.H. Beck, München 1984, S. 5–24 (zit. *Stern*, in: Bitburger Gespräche 1984).
- Die Grundrechte und ihre Schranken, in: Badura, Peter/Dreier, Horst (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 1–34 (zit. *Stern*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Bd. II).
- Stigler, George J.*, The Theory of Economic Regulation, 2 Bell J. Econ. & Manage. Sci. 3–21 (1971).
- Stigler, George J./Becker, Gary S.*, De Gustibus Non Est Disputandum, 67 AER 76–90 (1977).
- Stobbe, Otto*, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts – Drei Abhandlungen, Hirzel, Leipzig 1855.
- Handbuch des deutschen Privatrechts – Erster Band, 2. Aufl., Herz, Berlin 1882 (zit. *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. I).

- Stober, Rolf*, Zum Leitbild eines modernen Regulierungsverwaltungsrechts – Stand und Perspektiven des öffentlich-rechtlichen Privatisierungsfolgenrechts, in: Pitschas, Rainer/Uhle, Arnd (Hrsg.), Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik – Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlin 2007, S. 943–976 (zit. *Stober*, in: FS Scholz).
- Stock, Ruth*, Wirkungsweise von Normen in Organisationen: Theoretische Betrachtung und empirische Analyse am Beispiel von Teams, ZfB 2004, S. 785–810.
- Stockhausen, Christian von*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben – Maßstäbe der Finanzverfassung, der Freiheitsrechte und des Prinzips der Lastengleichheit, Duncker & Humblot, Berlin 2007.
- Stoffels, Markus*, AGB-Recht, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2009.
- Stoll, Heinrich*, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, in: ders. (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt – Sonderheft des AcP, Mohr Siebeck, Tübingen 1931, S. 60–117 (zit. *Stoll*, in: FS Heck, Rümelin, Schmidt).
- Juristische Methode – Praktische Grundforderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Richter, Heinrich (Hrsg.), Leben in der Justiz – Vorträge und Erlebnisse aus der ersten Schulungswoche preußischer Gemeinschaftsleiter, Spaeth & Linde, Berlin 1934, S. 83–113.
- Stolleis, Michael*, Die bayerische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums, in: Coing, Helmut/Wilhelm, Walter (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert – Bd. III: Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits, Frankfurt/M. 1976, S. 44–117 (zit. *Stolleis*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III).
- Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 41–61.
 - Stärkung der Grundlagenfächer, JZ 2013, S. 712–714.
- Strahilevitz, Lior Jacob*, Absolute Preferences and Relative Preferences in Property Law, 160 U. Pa. L. Rev. 2157–2187 (2012).
- Strauch, Dieter*, Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart, in: Baumgärtel, Gottfried/Becker, Hans-Jürgen u. a. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Gruyter, Berlin, New York 1984, S. 273–293 (zit. *Strauch*, in: FS Hübner).
- Strauch, Hans-Joachim*, Mustererkennung und Subsumtion im Erkenntnisverfahren, in: Gabriel, Gottfried/Gröschner, Rolf (Hrsg.), Subsumtion – Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 335–377.
- Streeck, Wolfgang/Schmitter, Philippe C.*, Community, Market, State – and Associations? The Prospective Contribution of Interest Governance to Social Order, European Sociological Review 1 (1985), S. 119–138.
- Streinz, Rudolf*, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Everling, Ulrich/Roth, Wulf-Henning (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt – Referate des 7. Bonner Europa-Symposiums vom 27. April 1996, Nomos, Baden-Baden 1997, S. 9–32.
- Streinz, Rudolf/Leible, Stefan*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten – Überlegungen aus Anlass von EuGH, EuZW 2000, 468 – Angonese, EuZW 2000, S. 459–467.

- Streit, Manfred E.*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in: Immenga, Ulrich/Möschel, Wernhard/Reuter, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker – zum siebzigsten Geburtstag, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 521–535 (zit. *Streit*, in: FS Mestmäcker).
- Stroebe, Wolfgang*, Wann und wie beeinflussen Normen das Verhalten – Eine sozial-kognitive Analyse, in: Diekmann, Andreas/Eichner, Klaus u. a. (Hrsg.), Rational Choice: Theoretische Analysen und empirische Resultate – Festschrift für Karl-Dieter Opp zum 70. Geburtstag, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 101–118 (zit. *Stroebe*, in: FS Opp).
- Strategien zur Einstellungs- und Verhaltensänderung, in: Jonas, Klaus/Stroebe, Wolfgang/Hewstone, Miles (Hrsg.), Sozialpsychologie – Eine Einführung, 6. Aufl., Springer, Berlin 2014, S. 231–268.
- Strohn, Lutz*, Der Richter als Allround-Genie? – Rechtsfortbildung durch Anwendung nicht juristischer Fachbegriffe, ZHR 178 (2014), S. 115–130.
- Stürner, Michael*, Die territorialen Grenzen der Human Rights Litigation in den USA, JZ 2014, S. 13–23.
- Stürner, Rolf*, Rezension – Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht. Studien über Sinn und Funktionen der Unterscheidung. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer 1968. 116 S. (res publica. Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 17), JZ 1970, S. 592.
- Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994), S. 265–294.
 - Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der angloamerikanischen Rechtskultur?, AcP 210 (2010), S. 105–155.
 - Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, JZ 2012, S. 10–24.
 - Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methodik – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 214 (2014), S. 7–54.
- Sugden, Robert*, The Economics of Rights, Co-operation, and Welfare, B. Blackwell, Oxford/New York, NY 1986.
- Summers, Robert S.*, The Technique Element in Law, 59 Cal. L. Rev. 733–751 (1971).
- Sumner, William Graham*, Folkways – A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores, and Morals, Ginn & Co., Boston u. a. 1906.
- Sunstein, Cass R.*, After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State, Harvard University Press, Cambridge/Mass 1990.
- On the Expressive Function of Law, 144 U. Pa. L. Rev. 2021–2053 (1996).
 - The Stunning Triumph of Cost-Benefit Analysis, 2012, <http://www.bloomberg.com/news/print/2012-09-12/the-stunning-triumph-of-cost-benefit-analysis.html>.
 - Deciding by Default, 162 U. Pa. L. Rev. 1–57 (2013).
 - The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities, 126 Harv. L. Rev. 1838–1878 (2013).
 - The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism, 122 Yale L. J. 1826–1899 (2013).
- Sunstein, Cass R./Thaler, Richard H.*, Privatizing Marriage, The Monist 91 (2008), S. 377–387.
- Svatikova, Katarina*, Economic Criteria for Criminalization: Why Do We Need the Criminal Law?, Manuskript 2009.
- Sykes, Alan O.*, Corporate Liability for Extraterritorial Torts Under the Alien Tort Statute and Beyond: An Economic Analysis, 100 Geo. L. J. 2161–2209 (2012).
- Tamanaha, Brian Z.*, Law as a Means to an End – Threat to the Rule of Law, Cambridge University Press 2006.

- Taupitz, Jochen*, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), S. 114–167.
- Teichmann, Arndt*, Die Gesetzesumgehung, Schwartz, Göttingen 1962.
- Teubner, Gunther*, Das regulatorische Trilemma – Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 13 (1984), S. 109–149.
- Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler, Friedrich (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität – Vergleichende Analysen, Nomos, Baden-Baden 1984, S. 289–344.
 - Recht als autopoietisches System, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989.
 - Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft, in: Zapf, Wolfgang (Hrsg.), Die Modernisierung moderner Gesellschaften – Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main, 1990, Campus, Frankfurt am Main u.a. 1991, S. 528–551.
 - Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes, in: Koller, Peter/Varga, Csaba/Weinberger, Ota (Hrsg.), Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik – Ungarisch-österreichisches Symposium der IVR 1990, ARSP Beiheft Nr. 54, Franz Steiner, Stuttgart 1992, S. 140–161 (zit. *Teubner*, ARSP Beiheft Nr. 54).
 - Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), S. 1–28.
- Thaler, Richard H. / Sunstein, Cass R.*, Libertarian Paternalism, 93 AER 175–179 (2003).
- /– Nudge – Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness, Yale University Press, New Haven 2008.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus*, System des Pandekten-Rechts – Erster Band, 2. Aufl., Mauke, Jena 1805 (zit. *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts, Bd. I).
- Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl., Hammerich, Altona 1806.
 - Ueber dominum directum und utile, in: ders. (Hrsg.), Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts – Zweyter Band, 2. Aufl., Mauke und Sohn, Jena 1817, S. 67–99.
- Thier, Andreas*, s. v. Feudalrecht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 593–597 (zit. *Thier*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
- Tiebout, Charles M.*, A Pure Theory of Local Expenditures, 64 J. Pol. Econ. 416–424 (1956).
- Timm, Wolfram*, Außenwirkungen vertraglicher Verfügungsverbote?, JZ 1989, S. 13–24.
- Tinbergen, Jan*, International Economic Integration, 2. Aufl., Elsevier, Amsterdam 1965.
- Tipke, Klaus*, Über teleologische Auslegung, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung, in: Klein, Franz/Vogel, Klaus (Hrsg.), Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung: Grundfragen, Grundlagen – Festschrift für Hugo von Wallis zum 75. Geburtstag am 12. April 1985, Stollfuß, Bonn 1985, S. 133–150 (zit. *Tipke*, in: FS v. Wallis).
- Tirole, Jean*, Market Failures and Public Policy, 105 AER 1665–1682 (2015).
- Traxler, Franz / Vobruba, Georg*, Selbststeuerung als funktionales Äquivalent zum Recht? – Zur Steuerungskapazität von neokorporatistischen Arrangements und reflexivem Recht, ZfS 16 (1987), S. 3–15.
- Tröger, Tobias H.*, Arbeitsteilung und Vertrag – Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Inhalt und Grenzen der Nacherfüllung, AcP 212 (2012), S. 296–333.
 - Regulierung durch Privatrecht – Folgenorientierung in der Privatrechtswissenschaft als Konsequenz latenter oder intendierter Verhaltenssteuerung durch privatrechtliche Normen, in: Hopt, Klaus J./Tzouganatos, Dimitris (Hrsg.), Das europäische Wirtschafts-

- recht vor neuen Herausforderungen – Beiträge aus Deutschland und Griechenland, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, S. 297–318.
- Trute, Hans-Heinrich*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl 1996, S. 950–964.
- Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Nomos, Baden-Baden 1996, S. 167–223.
- Trute, Hans-Heinrich / Kühlers, Doris / Pilniok, Arne*, Governance als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Schuppert, Gunnar Folke/Zürn, Michael (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft Nr. 41, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. 173–189 (zit. *Trute / Kühlers / Pilniok*, PVS Sonderheft Nr. 41).
- Tschentscher, Axel*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.
- Tuch, Andrew F.*, Multiple Gatekeepers, 96 Va. L. Rev. 1583–1672 (2010).
- Tuhr, Andreas von*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts – Erster Band: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Duncker & Humblot, Leipzig 1910 (zit. *Tuhr*, Allgemeiner Teil, Bd. I).
- Tullock, Gordon*, s.v. public choice, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), The New Palgrave Dictionary of Economics, Bd. VI, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 722–727.
- Tushnet, Mark V.*, Critical Legal Theory, in: Golding, Martin P./Edmundson, William A. (Hrsg.), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishing, Malden, Mass. 2006, S. 80–89.
- Tyler, Tom R.*, Why people obey the law, Yale University Press, New Haven 1990.
- Uebeler, Günter*, Zur historischen Misere des Zivilrechts der DDR, DtZ 1990, S. 10–12.
- Uerpman, Robert*, Das öffentliche Interesse – Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Verfassungsrechtliche Gemeinwohlkriterien, in: Schuppert, Gunnar Folke/Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, Ed. Sigma, Berlin 2002, S. 179–195.
- Ulber, Daniel*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, EuGRZ 2012, S. 365–377.
- Ulen, Thomas S.*, Standards und Direktiven im Lichte begrenzter Rationalität, in: Ott, Claus/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen – Beiträge zum VI. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts vom 25. – 28. März 1998, J.C.B. Mohr, Tübingen 1999, S. 347–380.
- Ulmer, Peter / Brandner, Erich / Hensen, Horst-Diether* (Hrsg.), AGB-Recht – Kommentar zu den §§ 305–310 BGB und zum UKlaG. Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, 11. Aufl., O. Schmidt, Köln 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht).
- Unberath, Hannes*, Die Vertragsverletzung, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Unberath, Hannes / Cziupka, Johannes*, Dispositives Recht welchen Inhalts? – Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, AcP 209 (2009), S. 37–83.
- Unger, Joseph*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts – Erster Band, 5. Aufl., Breitkopf und Härtel, Leipzig 1892 (zit. *Unger*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. I).

- Urmson, James Opie*, The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill, *Philosophical Quarterly* 3 (1953), S. 33–39.
- Utz, Florian*, Die Impulse zur Rechtsetzung im Bund, *LeGes* 2005/2, S. 41–63.
- van Aaken, Anne*, Funktionale Rechtswissenschaftstheorie für die gesamte Rechtswissenschaft, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, S. 79–104.
- van Aeken, Koen*, Law, Sociology and Anthropology – A Liaison Beginning Endlessly, in: van Klink, Bart/Taekema, Sanne (Hrsg.), *Law and Method – Interdisciplinary Research into Law*, Mohr Siebeck, Tübingen 2011, S. 55–83.
- van Gerven, Walter*, Of Rights, Remedies and Procedures, *CMLR* 37 (2000), S. 501–536.
- van Gestel, Rob / Micklitz, Hans-Wolfgang*, European Integration Through Standardization: How Judicial Review is Breaking Down the Club House of Private Standardization Bodies, *CMLR* 50 (2013), S. 145–182.
- van Klink, Bart / Taekema, Sanne*, Limits and Possibilities of Interdisciplinary Research into Law – A Comparison of Pragmatist and Positivist Views, in: Kirste, Stephan/van Aaken, Anne u.a. (Hrsg.), *Interdisciplinary Research in Jurisprudence and Constitutionalism*, ARSP Beiheft Nr. 127, Steiner, Stuttgart 2012, S. 17–31 (zit. *van Klink / Taekema*, ARSP Beiheft Nr. 127).
- Vanberg, Viktor J.*, Consumer welfare, total welfare and economic freedom – on the normative foundations of competition policy, in: Drexel, Josef / Kerber, Wolfgang/ Podszun, Rupprecht (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations*, Elgar, Cheltenham, Northampton 2011, S. 44–71.
- Varian, Hal R.*, *Intermediate Microeconomics – A Modern Approach*, 8. Aufl., W.W. Norton & Co., New York 2010.
- Vec, Miloš*, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution – Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Klostermann, Frankfurt am Main 2006.
- Veljanovski, Cento*, Economic Approaches to Regulation, in: Baldwin, Robert/ Cave, Martin/ Lodge, Martin (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, New York 2010, S. 17–38.
- Verse, Dirk A.*, Compliance im Konzern – Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, *ZHR* 175 (2011), S. 401–424.
- Viscusi, W. Kip*, Regulation, Taxation, and Litigation, in: Buckley, Frank H. (Hrsg.), *The American Illness – Essays on the Rule of Law*, Yale University Press, New Haven, London 2013, S. 270–288.
- Vogel, Hans-Jochen*, *Bodenrecht und Stadtentwicklung*, *NJW* 1972, S. 1544–1547.
- Vogel, Klaus*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm – Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts, Metzner, Frankfurt a.M. [u.a.] 1965.
- § 30 Der Finanz- und Steuerstaat, in: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II: Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Müller, Heidelberg 2004, S. 843–878 (zit. *Vogel*, in: *HStR*, Bd. II).
- Vogenauer, Stefan*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent – Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Mohr Siebeck, Tübingen 2001.
- von der Pfordten, Dietmar*, Über Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit bei Thomas von Aquin, in: Grote, Rainer/Härtel, Ines u.a. (Hrsg.), *Die Ordnung der Freiheit – Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 99–110 (zit. *von der Pfordten*, in: *FS Starck*).

- Voßkuhle, Andreas*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat – Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor*, Nomos, Baden-Baden 1999, S. 47–90.
- Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte – Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, *AöR* 125 (2000), S. 177–201.
 - Der „Dienstleistungsstaat“ – Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, *Der Staat* 40 (2001), S. 495–523.
 - Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Band 62 – Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel*, De Gruyter, Berlin [u. a.] 2003, S. 266–328 (zit. *Voßkuhle*, in: *VVDStRL* 62).
 - § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation*, 2. Aufl., C.H. Beck, München 2012, S. 1–63 (zit. *Voßkuhle*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I).
 - Was leistet Rechtsdogmatik? – Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 111–114.
 - Zur Einwirkung der Verfassung auf das Zivilrecht, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph Alexander u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag – 1. Teilband: Deutsches Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 79–92 (zit. *Voßkuhle*, in: *FS Stürner*, Bd. I).
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, *JuS* 2009, S. 313–315.
- Voßkuhle, Andreas/Sydow, Gernot*, Die demokratische Legitimation des Richters, *JZ* 2002, S. 673–682.
- Wackerbarth, Ulrich*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, *AcP* 200 (2000), S. 45–90.
- Waechter, Kay*, Die Schutzgüter des Polizeirechts, *NVwZ* 1997, S. 729–737.
- Wagner, Eberhard*, Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB – Zur Teleologie einer „Fundamentalnorm“, *AcP* 194 (1994), S. 451–478.
- Wagner, Gerhard*, Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen, *AcP* 193 (1993), S. 319–347.
- Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden – Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2006 (zit. *Wagner*, Gutachten A für den 66. DJT).
 - Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), S. 352–476.
 - Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 13–84.
 - Zwingendes Privatrecht – Eine Analyse anhand des Vorschlags einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher, *ZEuP* 2010, S. 243–278.

- Ökonomische Analyse des CESL: Das Recht zur zweiten Andienung, ZEuP 2012, S. 797–825.
- Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), S. 227–281.
- Rezension von Dörte Poelzig: Normdurchsetzung durch Privatrecht, AcP 214 (2014), S. 602–607.
- Wagner, Gerhard / Bsaisou, Marcus*, Beschleunigung der Energiewende durch Haftung: Ökonomische Anreize im Strudel des Regulierungsrechts, JZ 2014, S. 1031–1043.
- Wagner-von Papp, Florian*, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie – Gewillkürte Formerfordernisse und Sperrverträge in Spielbanken als Ausprägungen des Freiheitsparadoxons, AcP 205 (2005), S. 342–385.
- Wälde, Thomas W.*, Juristische Folgenorientierung – „Policy Analysis“ und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Athenäum, Königstein/Ts. 1979.
- Waldhoff, Christian*, Anmerkung – zu BVerfG, Urteil v. 18. 1. 2012 – 2 BvR 133/10, JZ 2012, S. 683–685.
- Kritik und Lob der Dogmatik – Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, in: Kirchhof, Gregor / Magen, Stefan / Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? – Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S. 17–37.
- Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“ – Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, S. 75–93.
- Wall, Fabian*, Die Rechtsprechung des BGH zur „Selbstvornahme“ im Kaufrecht – ein Beispiel für das Fortleben veralteter Argumentationsmuster, ZGS 2011, S. 166–173.
- Wallkamm, Andreas*, Generalklauseln – Normen im Spannungsfeld von Flexibilität und Rechtsstaatswidrigkeit – Über das Verhältnis von Recht und Politik, RTh 39 (2008), S. 507–519.
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., C.H. Beck, München 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Wandtke / Bullinger, Urheberrecht).
- Wank, Rolf*, Richterliche Rechtsfortbildung und Verfassungsrecht, ZGR 1988, S. 314–380.
- Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., Vahlen, München 2011.
- Weatherill, Stephen*, Why There Is No „Principle of Mutual Recognition“ in EU Law (and Why that Matters to Consumer Lawyers), in: Purnhagen, Kai / Rott, Peter (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber Amicorum for Hans Micklitz, Springer, Cham u. a. 2014, S. 401–418 (zit. *Weatherill*, in: FS Micklitz).
- Weber, Christoph Andreas*, Das Schadensersatzrecht als richtiger Ort zur Umsetzung der Gebr. Weber-Entscheidung des EuGH, ZGS 2011, S. 539–544.
- Weber, Max*, Wirtschaft und Gesellschaft, J.C.B. Mohr, Tübingen 1922.
- Weber, Ulrich*, Zur strafrechtsgestaltenden Kraft des Zivilrechts, in: Grunsky, Wolfgang / Stürner, Rolf u. a. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, J.C.B. Mohr, Tübingen 1981, S. 133–145 (zit. *U. Weber*, in: FS Baur).
- Weber-Grellet, Heinrich*, Die Bedeutung der Rechtsnatur des Steuerrechts für dessen Anwendung und Auslegung, StuW 1993, S. 97–104.
- Wedemann, Frauke*, Ältere Menschen im Zivilrecht, AcP 214 (2014), S. 664–694.
- Weick, Günter*, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11–15.

- Weimer, David L., s.v. cost-benefit analysis, in: Durlauf, Steven N./Blume, Lawrence E. (Hrsg.), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Bd. II, 2. Aufl., Palgrave Macmillan, Basingstoke u. a. 2008, S. 271–275.
- Weinrib, Ernest J., *The Idea of Private Law*, Harvard University Press, Cambridge/Mass. [u. a.] 1995.
- Weisbach, David A., Should Legal Rules Be Used to Redistribute Income?, 70 U. Chi. L. Rev. 439–453 (2003).
- Weiß, Wolfgang, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, S. 1167–1182.
- Privatisierung und Staatsaufgaben – Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
 - Europarecht und Privatisierung, AöR 128 (2003), S. 91–133.
- Weitnauer, Hermann, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Bökelmann, Erhard/Henckel, Wolfram/Jahr, Günther (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag* – am 19. Mai 1975, De Gruyter, Berlin, New York 1975, S. 429–440 (zit. Weitnauer, in: FS F. Weber).
- Weitzman, Martin L., Prices vs. Quantities, 41 Rev. Econ. Stud. 477–491 (1974).
- Weizsäcker, C. Christian von, Welfare Economics bei endogenen Präferenzen: Thünen-Vorlesung 2001, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 3 (2002), S. 425–446.
- Freedom, Wealth and Adaptive Preferences, Manuskript 2013.
- Weller, Marc-Philippe / Bauer, Johanna, Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungspflicht via Societas Unius Personae, ZEuP 2015, S. 6–31.
- Weller, Marc-Philippe / Harms, Charlotte Sophie, Der Primat der Nacherfüllung im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, GPR 2012, S. 298–308.
- Wenzel, Joachim, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, S. 345–349.
- Werden, Gregory J., Consumer welfare and competition policy, in: Drexel, Josef/Kerber, Wolfgang/Podszun, Rupprecht (Hrsg.), *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations*, Elgar, Cheltenham, Northampton 2011, S. 11–43.
- Werder, Axel von / Turkali, Julia, Corporate Governance Report 2015: Kodexakzeptanz und Kodexanwendung, DB 2015, S. 1357–1367.
- Wertenbruch, Johannes, Arglistige Täuschung über das Vorhandensein eines Mangels keine unerhebliche Pflichtverletzung – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 24.03.2006 – V ZR 173/05, LMK 2006, S. 182969.
- Westermann, Harm Peter, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), S. 150–195.
- Westermann, Harry, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Aschendorff, Münster 1955.
- Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Westdeutscher Verlag, Köln/Opladen 1957.
- White, James Boyd, Law and Literature: „No Manifesto“, 39 Mercer L. Rev. 739–751 (1988).
- White, Michelle J. / Wittman, Donald, A Comparison of Taxes, Regulation, and Liability Rules under Imperfect Information, 12 J. Leg. Stud. 413–425 (1983).
- Wiater, Patricia, Kulturpluralismus als Herausforderung für Rechtstheorie und Rechtspraxis – Eine völkerrechtsdogmatische und ethnologische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR, Nomos, Baden-Baden 2009.
- Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Beschneidungsurteil, NVwZ 2012, S. 1379–1382.

- Sicherheitspolitik zwischen Staat und Markt – Der Schutz kritischer Infrastrukturen, Nomos, Baden-Baden 2013.
- On the notion of „Partnership“ in Critical Infrastructure Protection, EJRR 2015, S. 255–262.
- Wickler, Wolfgang / Fikentscher, Wolfgang*, System und Außenanbindung epigenetischer Verhaltenssteuerung, RTh 30 (1999), S. 69–77.
- Widmer, Thomas / Beywl, Wolfgang / Fabian, Carlo* (Hrsg.), Evaluation – Ein systematisches Handbuch, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2009.
- Wieacker, Franz*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft – Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, C.F. Müller, Karlsruhe 1953.
- Privatrechtsgeschichte der Neuzeit – unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1967.
- Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, in: Buber, Rüdiger / Cramer, Konrad / Wiehl, Reiner (Hrsg.), Hermeneutik und Dialektik – Aufsätze II: Sprache und Logik, Theorie der Auslegung und Probleme der Einzelwissenschaften – Hans-Georg Gadamer zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr, Tübingen 1970, S. 311–336 (zit. *Wieacker*, in: FS Gadamer, Bd. II).
- Wiedemann, Herbert*, Gesellschaftsrecht – Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts. Band I: Grundlagen, C.H. Beck, München 1980 (zit. *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I).
- Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 2014, S. 2407–2412.
- Wiegand, Wolfgang*, Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff, in: Coing, Helmut / Wilhelm, Walter (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert – Bd. III: Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits, Frankfurt/M. 1976, S. 118–155 (zit. *Wiegand*, in: Coing / W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. III).
- Numerus clausus der dinglichen Rechte – Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Köbler, Gerhard (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte – Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, P. Lang, Frankfurt am Main [u. a.] 1987, S. 623–643 (zit. *Wiegand*, in: FS Kroeschell).
- Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), S. 112–138.
- Wieling, Hans Josef*, Sachenrecht – Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl., Springer, Berlin / Heidelberg [u. a.] 2006.
- Wielsch, Dan*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, AcP 213 (2013), S. 718–759.
- Wiesenthal, Helmut*, Gesellschaftssteuerung und gesellschaftliche Selbststeuerung – Eine Einführung, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006.
- Wiethölter, Rudolf*, Privatrecht als Gesellschaftstheorie? – Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre, in: Baur, Fritz / Esser, Josef u. a. (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, J.C.B. Mohr, Tübingen 1974, S. 645–695 (zit. *Wiethölter*, in: FS Raiser).
- Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 1985, S. 126–139.
- Wilburg, Walter*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht – Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950, Kienreich, Graz 1950.

- Wilda, Wilhelm Eduard*, s.v. Autonomie, in: Weiske, Julius (Hrsg.), Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten – enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft: Erster Band: A – Bergrecht, Wigand, Leipzig 1839, S. 539–560 (zit. *Wilda*, in: Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten, Bd. I).
- Wilhelm, Jan*, Sachenrecht, 4. Aufl., De Gruyter, Berlin 2010.
- Wilhelm, Walter*, Private Freiheit und gesellschaftliche Grenzen des Eigentums in der Theorie der Pandektenwissenschaft, in: Coing, Helmut/Wilhelm, Walter (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert – Bd. IV: Eigentum und industrielle Entwicklung – Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht, Klostermann, Frankfurt am Main 1979, S. 19–39 (zit. *W. Wilhelm*, in: Coing/W. Wilhelm (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. IV).
- Wilkins, Herbert* (Hrsg.), Deregulierung als ordnungs- und prozesspolitische Aufgabe – Bericht über den wissenschaftlichen Teil der 48. Mitgliederversammlung der Arbeitsgemeinschaft Deutscher wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsinstitute e.V. in Bonn am 9. und 10. Mai 1985, Duncker & Humblot, Berlin 1986.
- Willenbacher, Barbara*, Die Umgestaltung des Geschlechterkontraktes durch das naheheilige Unterhaltsrecht, in: Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael (Hrsg.), Wie wirkt Recht? – Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 4. – 6. September 2008, Nomos, Baden-Baden 2010, S. 369–389.
- Williamson, Oliver Eaton*, The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting, Free Press [u.a.], New York/NY [u.a.] 1985.
- Willis, Lauren E.*, When Nudges Fail: Slippery Defaults, 80 U. Chi. L. Rev. 1155–1229 (2013).
- Willke, Helmut*, Gesellschaftssteuerung, in: Glagow, Manfred (Hrsg.), Gesellschaftssteuerung zwischen Korporatismus und Subsidiarität, AJZ, Bielefeld 1984, S. 29–53.
- Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft, in: Glagow, Manfred/Willke, Helmut (Hrsg.), Dezentrale Gesellschaftssteuerung – Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler 1987, S. 3–26.
- Wilmowsky, Peter von*, EG-Freiheiten und Vertragsrecht, JZ 1996, S. 590–596.
- Windbichler, Christine*, Neue Vertriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht, AcP 198 (1998), S. 261–286.
- Windisch, Rupert* (Hrsg.), Privatisierung natürlicher Monopole im Bereich von Bahn, Post und Telekommunikation, J.C.B. Mohr, Tübingen 1987.
- Windscheid, Bernhard*, Die Actio des römischen Civilrechts – vom Standpunkte des heutigen Rechts, Buddeus, Düsseldorf 1856.
- Lehrbuch des Pandektenrechts – Erster Band, 6. Aufl., Rütten & Loening, Frankfurt am Main 1887 (zit. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I).
- Lehrbuch des Pandektenrechts – Zweiter Band, 6. Aufl., Rütten & Loening, Frankfurt am Main 1887 (zit. *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II).
- Winter, Gerd*, Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtssetzung, RTh 2 (1971), S. 171–192.
- Winter, Ralph K., Jr.*, State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation, 6 J. Leg. Stud. 251–292 (1977).
- Wismeyer, Thomas*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates – Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.
- Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analysen, Empfehlungen, Köln 2012.

- Wolf, Christian, Übertriebener Verkehrsschutz – Zur subjektiven und objektiven Theorie im Rahmen von § 1365 BGB, JZ 1997, S. 1087–1094.
- Wolf, Manfred, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, J.C.B. Mohr, Tübingen 1970.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., C.H. Beck, München 2012.
- Wolff, Hans J., Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), S. 205–217.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht I – Ein Studienbuch, 12. Aufl., C.H. Beck, München 2007.
- Wolff, Martin, Reichsverfassung und Eigentum, J.C.B. Mohr, Tübingen 1923.
- Wollenschläger, Ferdinand, Grundfreiheit ohne Markt – Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Mohr Siebeck, Tübingen 2007.
- Wood, Stephen G., Regulation, Deregulation and Re-regulation: An American Perspective, 1987 BYU L. Rev. 381–465.
- Wright, Richard W., Substantive Corrective Justice, 77 Iowa L. Rev. 625–711 (1992).
- Wurmnest, Wolfgang, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Gemeinschaftsrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2003.
- Wurmnest, Wolfgang/Heinze, Christian, General Principles of Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Justice, in: Schulze, Reiner (Hrsg.), Compensation of Private Losses – The Evolution of Torts in European Business Law, Sellier – European Law Publishers, München 2011, S. 39–66.
- Würtenberger, Thomas, Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht, in: Stürner, Rolf (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung – Ein japanisch-deutsches Symposium, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, S. 3–21.
- Yassari, Nadjma, s. v. Islamisches Recht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 913–916 (zit. Yassari, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
- Yeung, Karen, The Regulatory State, in: Baldwin, Robert/Cave, Martin/Lodge, Martin (Hrsg.), The Oxford Handbook of Regulation, Oxford University Press, Oxford, New York 2010, S. 64–83.
- Zachariä, Heinrich Albert, Deutsches Staats- und Bundesrecht – Zweiter Theil: Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht, 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1854 (zit. Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, Bd. II).
- Zeischwitz, Friedrich von, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, Diss. Philipps-Universität, Marburg 1967.
- Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, S. 1873–1882.
- Ziekow, Jan, Public Private Partnership – auf dem Weg zur Formierung einer intermediären Innovationsebene?, VerwArch 97 (2006), S. 626–638.
- Ziemann, Andreas, Systemtheorie, in: Kneer, Georg/Schroer, Markus (Hrsg.), Handbuch Soziologische Theorien, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2009, S. 469–490.
- Zimmer, Daniel, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor? – Gutachten G zum 68. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, München 2010 (zit. Zimmer, Gutachten G für den 68. DJT).
- Vom Informationsmodell zu Behavioral Finance: Brauchen wir „Ampeln“ oder Produktverbote für Finanzanlagen?, JZ 2014, S. 714–721.

- Zimmer, Daniel/Höft, Jan*, „Private Enforcement“ im Öffentlichen Interesse? – Ansätze zur Effektivierung der Rechtsdurchsetzung bei Streu- und Massenschäden im Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- und Kartellrecht, ZGR 2009, S. 662–720.
- Zimmermann, Reinhard*, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, Oxford 1996.
- Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung – Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 15. Juni 2005, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
 - s.v. Corpus Juris Civilis, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 286–290 (zit. *Zimmermann*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. I).
 - s.v. Römisches Recht, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II, Mohr Siebeck, Tübingen 2009, S. 1310–1314 (zit. *Zimmermann*, in: HWB des Europäischen Privatrechts, Bd. II).
- Zippelius, Reinhold*, Grundbegriffe der Rechts- und Staatssoziologie, 3. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2012.
- Zipursky, Benjamin C.*, Palsgraf, Punitive Damages, and Preemption, 125 Harv. L. Rev. 1757–1797 (2012).
- Zitelmann, Ernst*, Irrtum und Rechtsgeschäft – Eine psychologisch-juristische Untersuchung, Duncker & Humblot, Leipzig 1879.
- Zöllner, Wolfgang*, Die gesetzgeberische Trennung des Datenschutzes für öffentliche und private Datenverarbeitung, RDV 1985, S. 3–16.
- Die politische Rolle des Privatrechts, JuS 1988, S. 329–336.
 - Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), S. 85–100.
 - Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, O. Schmidt, Köln 1996.
 - Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht – Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), S. 1–36.
 - Privatrecht und Gesellschaft, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, S. 53–74.
- Züll, Thomas*, Regulierung im politischen Gemeinwesen – Zur demokratischen Legitimation von Wirtschaftsregulierung nach dem Grundgesetz und dem Europäischen Primärrecht, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung – auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., J.C.B. Mohr, Tübingen 1996.

Sach- und Personenregister

- ADHGB 150 ff., 165
 AGB-Recht 84, 92 ff., 104, 199, 307 ff., 460, 479, 574, 576, 577, 578, 583, 593, 595, 684
 Akteneinsicht 602, 641 f.
Alexy, Robert 268
 Allgemeinwohl s. Gemeinwohl
 amicus curiae briefs s. Verfahrensrecht
 Analogie s. Rechtsfortbildung
 Anlageberatung 556 f.
 Anreize s.a. Ökonomische Analyse des Rechts, 77, 89, 94, 100, 130 f., 163, 189, 247, 262, 264, 291, 296, 303, 305, 307, 310 ff., 317, 369, 371, 372 ff., 375 f., 381 f., 384, 405 ff., 409 f., 412, 413 ff., 417, 428 f., 451 f., 455, 457 f., 459, 462, 463 ff., 472, 474 ff., 478, 484, 486, 488 f., 496 ff., 500, 502, 511 f., 515, 519 ff., 571, 574, 580 f., 584, 588, 590, 595, 631, 635, 637, 641, 653, 661, 665, 669 ff., 688, 707, 711
 Anspruch s. Subjektives Recht, Unterlassungsanspruch
 Anwartschaftsrecht 132 ff.
Aquin, Thomas von 240
 Arbeitsrecht 54, 77, 81, 84, 165 f., 209, 219 f., 226, 228, 253, 312, 352, 495, 515, 550, 601, 610, 620, 622 f., 638 f., 644, 651, 659, 681, 687, 721 f.
 Arglist 104 ff.
Aristoteles 240
 Arzthaftung 158 f.
Auer, Marietta 330
 Aufklärungspflicht s. Informationspflicht
Augustinus 381
 Ausgleichende Gerechtigkeit s. iustitia commutativa
 Auslegung s.a. effet utile, Rechtsdogmatik, Regulatorische Rechtsanwendung, teleologische Auslegung 383, 389, 397, 405, 408, 409 f., 649 ff., 655 ff., 675, 676, 705 ff.
 Außenperspektive 7, 564 f., 727
 Austeilende Gerechtigkeit s. iustitia distributiva, Umverteilung
Baldwin, Robert 453
 Bankenregulierung 41, 452 f., 491, 645
 Begriffsjurisprudenz 214, 332, 339, 348, 359, 366, 737
 Behörde s.a. Ermessen, Regulierungsbehörde, Staatsanwaltschaft, Verwaltungsakt, 51, 53, 58, 62, 169, 170, 181, 196, 197, 238, 245, 252, 395 f., 438, 440, 444, 450, 458, 459 f., 472, 486, 492, 494, 497, 507, 508, 509, 510, 516, 545, 550, 551, 552, 560, 571, 573, 577 f., 580, 585, 588, 590, 597, 600, 602 f., 610, 616, 617, 620 f., 623, 631 ff., 636, 640, 641, 709, 728
Bentham, Jeremy 347
Beseler, Georg 532
 Beweisregeln s.a. Akteneinsicht, 20, 28, 77 f., 102 f., 205 f., 297, 305, 382, 411, 415, 494, 497 f., 502, 508, 571, 574, 577, 578, 582, 585, 586, 588 f., 590, 591, 593, 594, 596, 600, 605, 622 f., 631, 641, 678, 711 ff., 715 f., 718, 720
 BGB-Gesetzgeber, historischer 8, 79, 104 f., 122 ff., 134, 136 f., 140, 141, 149 f., 154, 160, 224, 334, 337, 417, 657, 676, 678 ff., 686, 701
Bierling, Ernst Rudolph 340
Böhm, Franz 356
Bullinger, Martin 545 f.
Bülow, Oskar 85
 Bundesnetzagentur s. Regulierungsbehörde
 Bürgerliches Recht s. Privatrecht
 Bußgeld s. Geldbuße
Canaris, Claus-Wilhelm 82, 258, 270, 273, 276, 315, 376 f., 539

- capture theory 37
Clinton, Bill 40 f.
Coase, Ronald 21, 425
Coing, Helmut 362
 Compliance s. Kosten, Rechtsbefolgung
Comte, Auguste 23
Cook, Walter Wheeler 351
Corbin, Arthur L. 351
 cost benefit analysis s. Kosten/Nutzen-Vergleich
- DDR 230
 Deliktsrecht s.a. Schadensersatz, 20, 59, 63, 65, 74, 76, 105, 115, 131, 156, 159 ff., 169, 194, 216, 217, 247, 260, 292, 306 f., 311 f., 321, 337, 382, 443, 487, 517, 518, 519 f., 543, 549, 557, 601, 604 f., 631, 666, 678 ff., 684, 690, 700, 701, 703, 705 f., 708
 Deregulierung s.a. Privatisierung, 41 ff., 176
 Deutscher Bund 335
 Deutscher Corporate Governance Kodex 490
 Deutscher Juristentag
 – 15. DJT 152 f.
 – 66. DJT 4
Diekmann, Andreas 26
 Dispositives Recht 58, 60, 63, 71, 76, 84 ff., 100, 264, 307, 453, 489, 530, 532, 593, 595, 596 f., 644, 702
 – AGB-Kontrolle anhand des 92 ff.
 – default rule 88 f.
 – hypothetischer Parteiwille 89 ff.
 – Modi der Disposition 86 f., 87 ff.
 – Rechtsnatur 85 f.
 – und Grundfreiheiten 211 f.
 Distributive Effekte s. Umverteilung
 Drittwirkung s. Grundrechte
Dürig, Günter 270
Durkheim, Emile 23
Dworkin, Ronald 354
- Effektivität des Rechts s. Wirksamkeit des Rechts
 effet utile 183, 190, 664 f.
 Effizienz s.a. Utilitarismus, 32 ff., 40, 55, 91 f., 101, 130 f., 134, 137, 254, 376 ff., 382 f., 418, 425 f., 431, 434 f., 464 ff., 469 f., 505, 510, 511 ff., 614, 657, 660
- Ehmke, Horst* 230
Ehrlich, Eugen 26, 73, 79, 348, 350
Eifert, Martin 46
 Eigentumsbegriff 121 ff., 161
 Einheit der Rechtsordnung 261, 361, 366
 Einwendung 75 ff., 82, 105, 198, 281, 290, 308 f., 413, 457, 579, 630
 Empirische Studien 27 f., 88, 90 f., 162, 242, 384 f., 388, 394, 407, 413 f., 416, 423, 424, 427, 429, 448, 452, 473, 485, 492, 493, 669, 693, 696, 718
 EMRK 187, 265, 299, 552
Engel, Christoph 614
 England 8, 36, 38, 40, 42, 61, 121, 124, 325, 353 f.
 Entdeckungswahrscheinlichkeit 382, 451, 507, 517, 570 f., 624
 Entschädigungspflicht 252 ff.
 Erbrecht s.a. Familienfideikommisse, 73, 137, 164, 295, 303, 514
 Ermessen, behördliches 53, 196, 458, 459 f., 497, 508, 636, 728
 Externe Effekte 446, 507, 634
- Familienfideikommisse 126, 142 ff.
 Familienrecht 161 ff., 284, 295, 447 ff., 639
 – Unterhaltsreform 2008 162 f., 704 f.
Flume, Werner 66, 68, 258, 537, 539
 Folgenbezug 367, 369 ff., 381 ff., 403 ff., 419 ff., 424 ff., 427 ff., 429 ff., 437, 554 f., 611, 646–723, 726
 Folgerichtigkeit s.a. Verfassungsrecht, 257 ff.
 Formvorschriften 61, 77, 83, 457, 495, 570, 575, 577, 578
Fornasier, Matteo 83
Franck, Jens-Uwe 700
Franken, Alex 152
 Freirecht 348 ff., 353, 356 ff., 365, 369, 386
Fuchs, Ernst 348
 Funktionen des Rechts 48 ff., 387 f., 649 ff.
 – Begrenzungsfunktion 63, 280, 555, 559
 – Funktionsüberschneidungen 63 f., 293
 – Infrastrukturfunktion 56 ff., 60, 62, 63, 72, 84, 162, 219, 228, 231 f., 244, 282, 387, 445, 447, 519 f., 555 f., 558 f., 637, 651, 656, 727
 – Interessenausgleichsfunktion 8, 59 ff., 62, 63, 68, 76 f., 78, 79, 81 f., 84, 87 f.,

- 90 ff., 95, 96 f., 99, 100, 109, 113, 116,
140, 141, 156, 158, 161, 164, 165, 166, 167,
188 f., 215, 216, 227, 228, 232, 244, 276,
277, 280 f., 282 ff., 288, 292, 293, 295 f.,
302, 312, 315, 318, 340, 387, 410, 445,
447, 457, 462, 482, 543, 554 ff., 558 f., 561,
632, 651, 654, 656, 657 ff., 684 f., 686 f.,
693 f., 697 ff., 702, 704 f., 726 f.
- Organisationsfunktion 62 f., 64, 68, 72,
166, 555 f., 559
 - Regulierung 50 ff., 286 ff., 649 ff., 726
– und Rechtsdogmatik 410, 699 ff., 726 ff.
 - und Wettbewerb der Teilrechtsord-
nungen 553 ff.
- Funktionenschutz 54, 95, 700
- gatekeeper s. Indienstnahme Dritter
- Gefährdungshaftung 255, 306 f., 463 ff.,
474, 477, 497, 505, 506, 507, 509, 512, 515,
615
- Geiger, Theodor* 25
- Geistiges Eigentum 161, 171
- Geldbuße 190, 248, 310, 317, 455 f., 471 ff.,
476, 487, 488, 492, 508, 570, 573, 577,
578, 581, 582, 585, 587, 588, 589, 590,
591, 593, 594, 595, 596, 601, 603, 613,
617, 640, 642, 652 f.
- Gemeines Recht 122, 142, 143, 335
- Gemeinwohl 53 ff., 68, 233, 239 ff., 244 ff.,
251, 253, 256, 258 f., 280 f., 287 f., 315,
373, 435, 579, 610, 618 f., 620 ff., 627, 629,
649, 658, 668, 688, 692 f., 703, 712, 714,
716, 721, 726
- Generalklauseln s.a. Rules vs. Standards,
7, 53, 321, 337, 460, 494, 509, 519, 586,
597, 601, 604, 632 f., 652, 672, 681 ff.,
689, 691, 696, 701, 704 f., 712
- Gerber, Carl Friedrich* 532
- Gerechtigkeit s.a. iustitia commutativa,
iustitia distributiva, 376 ff., 671 ff.
- Gesellschaft s. Staat, Verfassungsrecht
- Gesellschaftsrecht 166 ff., 312, 477, 484,
487 f., 490, 498, 508, 518, 605, 633, 645,
652, 679 f., 684
- Gesetzesbegründung 8, 87, 105, 108, 129,
141, 151, 153, 154, 605, 615, 650 f., 660,
667, 681, 685, 713
- Gesetzesfolgenabschätzung 18, 40, 434
- Gesetzesumgehung 502 f., 706 f.
- Gesetzgeber s.a. BGB-Gesetzgeber,
historischer, 564–645
- Einschätzungsprärogative 319, 609, 611,
614 f., 616 f., 626, 628
 - Perspektive des 7, 564 f., 608, 629 ff.
 - Regulierungsentscheidungen 565 ff.
- Gestaltungsrecht 76, 308 f., 413, 461, 580,
584, 585 f.
- Gewährleistungsverantwortung 43, 46,
236, 238, 246 ff., 249, 252
- Gierke, Otto* 127, 334, 532
- Gleichbehandlungsgrundsatz
s. Grundrechte
- Governance-Forschung 21 ff., 24, 45
- Grundgesetz s. Verfassungsrecht
- Grundlagenfächer 421
- Grundrechte s.a. Privatautonomie,
Verhältnismäßigkeit, 230 ff., 234
- Ausgestaltung 274 ff., 278 ff., 282 ff.
 - Ausstrahlungswirkung 269 f.
 - Bindung der Rechtsprechung 317 ff.
 - Dogmatik 253 f., 278 ff.
 - Freiheitsrechte 294 ff., 606, 628
 - Gesetzesvorbehalt 283, 300 f., 302, 303,
609, 674, 682, 687
 - Gleichbehandlungsgrundsatz 257,
296 ff., 401 ff.
 - Justizgrundrechte 261, 298 ff., 552, 580,
697, 719
 - *Lüth*-Urteil 267, 269, 270
 - Menschenwürde 267, 281, 289 ff.
 - objektive Wertordnung 231, 267 f., 269,
271, 273, 316
 - Schutzpflichten 249, 273, 315 ff., 439,
606
 - und Regulierung 286 ff., 288 ff.
 - Wirkung im Privatrecht 265 ff., 270 ff.,
277 ff.
- Grundrechtecharta s. Unionsrecht
- Gutgläubiger Erwerb 149 ff.
- Hale, Robert L.* 351 f.
- Hallstein, Walter* 176
- Hand, Learned* 464
- Handelsrecht s.a. ADHGB, 89, 141, 150 ff.,
165, 462, 470
- Hart, H.L.A.* 341, 354, 373
- Hayek, Friedrich A. von* 536
- Heck, Philipp* 357, 360

- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich* 229
 Herausgabepflicht 470 f., 549, 580, 583, 585 f., 592 f., 594, 596, 603, 639
 Hilfskräfte, wissenschaftliche
 s. Verfahrensrecht
Hippel, Fritz von 533
 Historische Rechtsschule 331 ff.
Höffe, Otfried 433
Hoffmann-Riem, Wolfgang 46
Hohfeld, Wesley Newcomb 340, 353
Holmes, Oliver W. 351, 370
Hood, Christopher 19
Hopt, Klaus J. 54, 699

 Indienstnahme Dritter s.a. Verfassungsrecht, 485 ff., 580, 583, 585, 586, 621, 623
 Individualschutz 54 f., 61, 95, 200, 700
 Information 467 ff., 476, 509, 513, 551 f., 580, 711 ff., 714 ff.
 Informationspflicht 478 ff., 581, 583, 585, 586, 592, 622 f.
 Infrastruktur s. Funktionen des Rechts
 Innenperspektive 6, 727
 Instrumentenanalyse, politikwissenschaftliche 18 ff., 22, 45
 Interdisziplinarität 411 ff., 421 ff., 424 ff., 655, 669 f., 718
 Interessenausgleich s. Funktionen des Rechts
 Interessenjurisprudenz 356 ff., 362, 386, 698
 Internationales Privatrecht 218 f., 584, 643 f.
 – Rechtswahl 584, 595, 644
 Internetauktionen 114 ff.
Ipsen, Hans Peter 252
Isay, Hermann 350
 iustitia commutativa 90 f., 96, 258, 376 f., 430 f., 436, 548 f., 558, 657, 698
 iustitia distributiva s.a. Umverteilung, 304, 382, 431, 436, 548, 660

Jellinek, Georg 355
Jhering, Rudolf von 343 ff., 353, 354 f., 356 ff., 360, 365, 369, 386, 437, 561
Johow, Reinhold 125, 129, 144, 152 f.
Justinian (Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus) 332

Kant, Immanuel 330 f., 339, 370, 537, 548
Kantorowicz, Hermann 348
 Kapitalmarktrecht 170 f., 495, 520, 556 f., 577, 586, 595, 689 f., 700, 703
Kaplow, Louis 511 f.
 Kartellverbot 51, 168, 200, 577, 595, 652, 694, 700
Kaufmann, Franz-Xaver 23
Kelsen, Hans 533
 KFZ-Handel 116 ff.
Klement, Jan Henrik 546
 Kognitive Dissonanz 500 f.
 Konzern s. Verhaltenszurechnung
 Kosten
 – der Rechtsbefolgung 509 f., 578, 586, 590, 597, 603, 613 f., 622 f.
 – der Rechtsdurchsetzung 510, 516, 577 f., 586, 597, 602 f., 613 f., 623, 624
 – der Rechtssetzung 509, 576, 585 f., 596 f., 602, 613 f., 624
 – Person des Kostenträgers 510, 614, 623
 Kosten/Nutzen-Vergleich 40, 505, 510 f., 520
 Kriminalstrafe s. Strafrecht
Kube, Hanno 253 f.

Larenz, Karl 4, 360, 362, 393 f.
 Lauterkeitsrecht s. Wettbewerbsrecht
 legislative facts s. Verfahrensrecht
 Lehensrecht 123, 141 f.
 Lenkungssteuer 20, 52, 262, 450, 451, 465, 474 ff., 477, 507, 508, 509, 510, 576, 592, 593, 595, 596, 597, 697
Lessig, Lawrence 452
Llewellyn, Karl N. 351
Locke, John 330
Lorenz, Stephan 102
 Lücke s. Rechtsfortbildung
Luhmann, Niklas 28 ff.

MacCormick, Neil 354, 373
Manigk, Alfred 533
 Marktversagen s.a. Externe Effekte, 34 f., 36 f., 39, 84, 93 f., 157, 259, 308, 321, 356, 441 f., 444 ff., 449, 658, 703
 Materialisierung des Privatrechts 64, 158, 338, 537, 542
Mayer-Maly, Theo 529

- Mayntz, Renate* 22
 Menschenwürde s. Grundrechte
Mestmäcker, Ernst-Joachim 537
 Mietrecht 81, 84, 245, 292, 631
 – und Energiewende 8 f., 82, 158, 287, 598, 631, 658, 659 f., 668
 Minderjährigenschutz 155 f.
 Monopol s. Wettbewerbsrecht
Müller-Erzbach, Rudolf 357

 Nacherfüllung 100 ff.
 Naming and Shaming 491 f.
 Nationalsozialismus 146 f., 230, 267, 350, 360 f., 366, 533, 536, 539
 Nebenwirkungen, positive 621 f., 625 f.
 Nebenwirkungen, unerwünschte 503 f., 571 ff., 581 ff., 589 f., 593 ff., 601 f., 605, 614 f., 617, 622 f.
 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft s. Öffentliches Recht
 Nichtigkeit (Rechtsgeschäft) 83, 116, 156, 199, 282, 309, 314, 457, 458, 459, 460, 461, 570, 580 f., 584, 585 f., 604, 694, 708, 722
 Nudge 89, 453 f., 499
Nußbaum, Arthur 27
 Nutzungsentschädigung 108 ff.

 Offenlegungspflicht s. Informationspflicht
 Öffentliches Interesse s. Gemeinwohl
 Öffentliches Recht s.a. Behörde, 6, 20, 37, 187 f., 196 ff., 203, 224 f., 231, 238, 248, 260 f., 299, 316 f., 336 f., 346, 352, 395 f., 522, 525 ff., 540 ff., 549 ff., 568 ff., 629–645, 709, 726 ff.
 – Abgrenzungstheorien 524 ff., 545 ff., 559, 564
 – Legalitätsprinzip 252, 310, 508, 615, 620
 – Neue Verwaltungsrechtswissenschaft 45 ff., 98, 396, 727
 – Regulierungsbegriff 41 ff., 44, 46
 – Verwaltungsprivatrecht 559
 Ökonomische Analyse des Rechts 6, 91 f., 121, 128 f., 159, 375 f., 413 ff., 424 ff., 431, 444 ff., 451, 463 ff., 471 f., 474 ff., 486, 499, 505, 510 f., 511 ff., 666
Opp, Karl-Dieter 26 f.

 Pandektistik s. Historische Rechtsschule
Pape, Heinrich Eduard 153
 Paternalismus 35, 436, 480, 515, 544
Pigou, Arthur 474
Planck, Gottlieb 334
 Planung 17 f.
Platon 240
 policy-Forschung 17
Pound, Roscoe 351
 Präferenzen 498 ff.
 Preiskontrolle 38, 478, 514
 Preußisches Allgemeines Landrecht 123, 138, 144, 150
 Prinzipien 363 f., 365 ff., 375 f., 554 f.
 Privatautonomie s.a. Dispositives Recht, Privatrecht, Zwingendes (Privat-)Recht, 57 f., 61, 65 ff., 99, 140, 227, 329, 436, 508, 525 ff., 539 ff., 558
 – als Selbstbestimmung 68 ff., 534 f., 536 f., 539
 – Entwicklungsgeschichte 529–539
 – jenseits des Privatrechts 540 ff.
 – und Marktwirtschaft 71 f., 168, 535 f., 537 ff.
 – und Vertragsfreiheit 68, 79 ff.
 – verfassungsrechtlicher Schutz der 66 ff., 291 ff., 538 f.
 Privatinitiative 560 ff.
 Privatisierung 42 ff., 235, 238, 246, 446
 Privatrecht s.a. Dispositives Recht, Privatautonomie, Zwingendes (Privat-)Recht
 – Begriff 223–232, 327–388, 522–545, 558–562
 Privatrechtsdogmatik s. Rechtsdogmatik
 Privatrechtsgesellschaft 3, 229, 356, 524, 536, 539, 542
 Prognose 305, 319, 413 ff., 503, 590, 594, 612, 661, 665, 669 ff., 711 f., 721, 722 f.
 public choice 36 ff.
Puchta, Georg Friedrich 332, 531 f.

 Quantitätsbeschränkung 477 f., 549, 592 f., 594 f., 596, 597

Raiser, Thomas 24, 27, 493
Rawls, John 433
Raz, Joseph 354
Reagan, Ronald 40

- Rechtsbefolgung 451 ff., 491, 506 f., 569 f.
- Rechtsdogmatik 15, 388–419, 565
 - Begriff 390 ff., 405 f., 420 ff.
 - regulatorische 398 ff., 403 ff., 655, 721, 726 ff.
 - und Interdisziplinarität 411 ff.
 - Verfassungsrechtliche Anforderungen 394 ff.
- Rechtsdurchsetzung s.a. Kosten, 454 ff., 496 f., 507, 508
- Rechtsfortbildung s.a. Verfahrensrecht, 113, 260, 297, 382 f., 414, 605, 656, 705 ff., 712, 728
 - Lücke im Gesetz 348 ff., 356 ff., 363, 384 f., 519, 636, 678 f.
 - Verfassungsrechtliche Anforderungen 397, 656, 674–688, 728
- Rechtsgrundsätze, allgemeine
 - s. Prinzipien
- Rechtspolitik 80 f., 101, 114, 119, 121, 127, 144 f., 148, 154, 222, 393 f., 414, 429, 434, 446, 519 f., 546, 675, 679 f.
- Rechtsprechung s. Beweisregeln, Verfahrensrecht, Zivilgerichte
- Rechtsrealismus 350 ff., 353, 365
- Rechtssystem 258, 260 f., 297, 331, 359, 363 f., 365 ff., 379 ff., 386, 406 f., 428 f.
- Rechtstatsachenforschung s.a. Empirische Studien, 27
- Rechtsverlust 462 f., 549, 588, 589 f., 591, 592, 594, 596, 603
- Regelsberger, Ferdinand* 355
- Regulatorische Rechtsanwendung 648 f., 652 ff., 702 ff., 714 ff., 727
 - Entscheidungsalternative 655 ff.
 - Feststellung der Regulierungsfunktion 649 ff.
 - Folgenvergleich 656, 669 ff.
 - typische Situation 405 f., 413 ff., 652, 653 ff., 661, 663, 664, 665, 666 f., 669, 671, 696, 711 f., 720, 721, 722
- Regulierung s.a. Deregulierung, Funktionen des Rechts, Gesetzgeber, Selbstregulierung, regulierte, 385 ff.
 - als Funktion des Rechts 48 ff., 50 ff., 649 ff.
 - Begriff 13, 15–47, 47–97 (insbesondere 50 ff.), 555, 726 ff.
 - Dispositives Recht 87 ff.
 - economic theory of 37
 - England 38, 40
 - ex ante 632, 633 f., 638
 - ex post 632 f.
 - grenzüberschreitende 507 f., 515, 643 f., 709
 - Netzwirtschaften 16, 43 f., 48
 - Normarten 75 ff.
 - Öffentliches Recht 41 ff.
 - politikwissenschaftliche Ansätze 17 ff., 23
 - Privatautonomie und 65–73
 - regulated industries 39, 44
 - regulatorisches Trilemma 30, 32
 - responsive regulation 448
 - Schlüsselbegriff 13
 - soziale 35, 444
 - soziologische Ansätze 23 ff.
 - Unionsrecht 183, 187 ff., 196 ff.
 - USA 38 ff.
 - Verfolgung von Allgemeinwohlzielen 53 ff.
 - wirtschaftswissenschaftliche Ansätze 32 ff., 444 ff.
 - Zielgenauigkeit 567 ff.
 - zwingendes Recht und 73 ff.
- Regulierungsanlass 440 f.
- Regulierungsbehörde 37, 39, 44, 478, 497
- Regulierungsinstrument 87 ff., 287, 305, 317, 440, 442, 449–492, 501 ff., 516 ff., 696, 705 ff., 708 f., 710, 712, 720, 723
 - Kombination unterschiedlicher -e 597–605
 - Vergleich unterschiedlicher -e 504 ff., 555, 567–597, 607–629, 629–645
- Regulierungsintention 98, 101 f., 104, 107, 108 f., 114, 120, 135, 137, 150, 190, 408, 410, 434, 440, 443, 647 f., 649 ff., 681, 696, 701, 706, 712
- Regulierungskonzept, übergreifendes 443 ff., 516, 519 ff., 597 f., 637 ff., 702 ff., 712
- Regulierungsstrategie 34, 502, 517 ff., 519 ff., 636 ff., 708 f.
- Regulierungsziel 7, 35, 53, 189, 212, 288, 296, 314, 400 f., 408, 417 f., 434, 438–449, 508 f., 566 f., 567 ff., 578 ff., 586 ff., 591 ff., 611, 657 ff., 666 ff., 681, 707, 712

- Determinanten der Zielerreichung 493 ff., 599 ff.
- Modus der Zielerreichung 620 ff.
- Stellvertreter-Ziele 568 f., 580, 588, 637
- Reiserecht 159
- Reuling, Wilhelm* 152
- Römisches Recht 143, 149 f., 152, 250, 332 ff., 335, 338, 346, 379
- Rottleuthner, Hubert* 28
- Rules vs. Standards 494
- Rumpf, Max* 348
- Rüthers, Bernd* 399

- Salamon, Lester* 19
- Sanktionen s.a. Unionsrecht, 25 ff., 107, 157, 299 f., 309 f., 381, 451, 458, 461–474, 492, 570 f., 583, 592, 595, 603, 615, 633, 639, 640, 642
- Savigny, Friedrich Carl von* 85, 258, 331 ff., 335, 354, 389, 532, 656
- Schadensersatzrecht s.a. Deliktsrecht, 71, 103, 104, 112, 157, 167, 168, 169, 190, 197, 200 ff., 248 f., 295, 298 ff., 303, 306 f., 310, 312 f., 317, 382, 393, 419, 428, 455 f., 463–470, 471, 473, 488, 497, 507, 517, 569, 570, 571, 574, 577 f., 581, 582, 585, 587, 588 f., 590, 591, 592, 593, 594, 596, 600, 602 f., 604 f., 614, 622, 623, 630 f., 633, 634 f., 639, 640, 641, 653 f., 670, 690, 705, 708
- Streuschäden 634 f.
- Zweck 4, 463, 466, 666, 700
- Schmidt, Karsten* 700
- Schmidt-Aßmann, Eberhard* 248
- Schuldrechtsreform 90 f., 94 ff., 99
- Schulz, Fritz* 333
- Schulze-Fielitz, Hellmuth* 237
- Schwabe, Jürgen* 272
- Schwarzarbeit 165 f., 721 f.
- Selbstregulierung, regulierte 46, 52, 237, 491
- Shavell, Steven* 511 f.
- Sittenwidrigkeit 51, 78, 80, 83, 116, 138, 156, 215, 281, 282, 292, 314 f., 321, 342, 443, 457 f., 461, 462, 517, 519, 580, 632 f., 681, 684 f., 690, 703, 705 f.
- Smith, Adam* 33
- Soft Law 489 f.

- Sohm, Rudolf* 334
- Sonderabgaben 253 ff.
- Sonderprivatrecht s.a. Wirtschaftsrecht, 6 f., 155, 165 ff., 301, 323, 368, 528
- Soziale Wohlfahrt 33, 92, 378 f., 475, 511 ff., 599
- Spencer, Herbert* 23
- Staat 6, 17 f., 34, 36, 44, 51 f., 62, 67, 72, 144 f., 212 f., 224 ff., 232 ff., 237 ff., 239 ff., 245 f., 246 ff., 270, 273, 278 ff., 286 ff., 310, 316, 330, 340, 356, 370 f., 380 f., 489, 526, 560, 561, 564, 575, 577, 601 f., 604, 609 f., 618 f., 623, 629, 642, 643 f., 645, 688 f., 691, 695, 727
- Gewaltmonopol 51, 234, 336, 370 f., 373, 387 f., 400, 537, 547, 688
- und Gesellschaft 228 ff., 243 ff., 536, 537, 538, 544
- Staatsversagen s. public choice
- Stammeler, Rudolf* 350
- Stampe, Ernst* 348
- Stein, Lorenz von* 229
- Steindorff, Ernst* 665, 699 f.
- Steuerrecht s.a. Lenkungssteuer, 511 ff.
- Steuerungswissenschaft s. Instrumentenanalyse, politikwissenschaftliche
- Stigler, George* 37
- Stoll, Heinrich* 357
- Strafrecht 55, 58, 60, 63, 249, 260 f., 298 ff., 309 f., 316, 428, 442, 449, 456, 457 f., 463, 471 ff., 487, 502, 508, 516, 519, 521, 550 ff., 555 f., 560 ff., 570 f., 575, 577, 578, 579 f., 580 f., 584, 585 f., 588, 590, 591, 592 f., 594, 602, 604, 606, 613, 615, 617, 640, 642, 727
- Staatsanwaltschaft 458, 602, 617, 717
- Strafschadensersatz 299 f.
- Subjektives Recht s.a. Unterlassungsanspruch, 329, 330 f., 339 ff., 343 ff., 354 ff., 372 ff., 568, 573 f., 576 f., 578, 587, 630, 634
- Subvention 20, 255, 475 f., 477, 478, 571, 573, 576, 577, 578, 588, 589, 590, 602, 619, 622 f., 703
- Sunstein, Cass R.* 88
- Symbolisches Recht 24
- Systemtheorie 28 ff.
- regulatorisches Trilemma 30, 32
- Steuerung als Differenzminderung 29

- Teilrechtsordnungen, Wettbewerb der 553 ff.
- teleologische Auslegung 6, 367, 397, 400, 647 f., 657 ff., 697 ff., 701 ff., 707
- Teubner, Gunther* 30 ff., 645
- Thaler, Richard H.* 88
- Thatcher, Margaret* 41 f.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus* 125, 335, 530
- Ulpian(us), Domitius* 524
- Umverteilung s.a. *iustitia distributiva*, 35, 40, 92, 148, 257 f., 445, 511 ff.
- Unger, Joseph* 532
- Unionsrecht 175–219, 479
- Allgemeines Diskriminierungsverbot 207, 209
 - Äquivalenzgebot 181, 187, 197 f., 198 ff., 200 ff.
 - Binnenmarkt 175, 177, 178 ff.
 - Effektivitätsgebot 181 ff., 187, 195, 197, 198 ff., 200 ff.
 - *effet utile* 183, 190, 664 f.
 - Fernabsatzrichtlinie 199
 - Grundfreiheiten 207 ff.
 - Grundfreiheiten, Drittwirkung 219 ff.
 - Grundfreiheitliche Beschränkungsverbote 214 ff.
 - Grundfreiheitliche Diskriminierungsverbote 212 f.
 - Grundrechtecharta 187, 209, 265
 - Harmonisierung 178 f.
 - Haustürgeschäfte richtlinie 199
 - Herkunftslandprinzip 178, 217
 - individuelle Rechte 184 ff., 193 ff., 202 f., 439
 - Integration 175 f., 178 f.
 - Kartellschadensersatzrichtlinie 168
 - Klauselrichtlinie 199
 - Ratingagenturen-Verordnung 170, 190
 - Rechtsdurchsetzungsautonomie 180, 187, 196 f., 203
 - Richtlinien 183, 186 f, 190 ff.
 - Roaming-Verordnung 190
 - Rom I-VO 218
 - Rom II-VO 218
 - Sanktionen 182 f., 188, 199, 200, 202, 204, 206, 595
 - Schadensersatzhaftung 200 ff.
 - Schutzpflicht zum Erlass regulatorischen Privatrechts 221
 - und regulatorisches Privatrecht 187 ff., 196 ff.
 - unmittelbare Anwendbarkeit 180 f., 184 f.
 - Verbraucher kreditrichtlinie 199
 - Verbrauchsgüterkauf richtlinie 109 ff., 111 ff., 188 f.
 - Verordnungen 182, 186 f., 190
 - Vorrang der Unionsrechtsordnung 180
- Unsichtbare Hand des Marktes 33
- Unterlassungsanspruch 169, 247, 251, 273, 295, 341, 393, 428, 507, 579, 581, 583, 585 f., 592, 593, 595, 603, 613 f., 617, 630, 633
- Unwirksamkeit s. Nichtigkeit
- USA 38 ff., 56, 121, 325 f., 350 ff., 353 f., 370, 471, 475, 492, 504, 558, 642, 719
- Einfluss ökonomischer Theorie 40
 - Geschichte der Regulierung in den 38 ff.
 - *regulated industries* 39, 44
 - Verfassung 38, 40, 293
- Utilitarismus s.a. Effizienz, 32 f., 431 ff., 628
- Verbandsklage 251, 314, 560, 630
- Verbraucherschutz 84, 86, 109 f., 112 f., 115, 117 ff., 157, 169, 188 f., 192 f., 199, 217, 247, 255, 259, 297, 308, 320, 369, 427, 439, 444 f., 461, 479, 480, 482, 484 f., 527, 569, 584, 630, 635, 644, 700, 705
- Verbrauchsgüterkauf richtlinie s. Unionsrecht
- Vereinigte Staaten s. USA
- Vereinigtes Königreich s. England
- Verfahrensrecht s.a. Beweisregeln, Zivilgerichte, 710–723
- Anhörung interessierter Kreise 719 f.
 - Erfolgskontrolle und Korrektur 721 ff.
 - legislative facts 711 ff., 714 ff., 719, 721, 723
 - Sachverständige 412, 679, 713, 718
 - Urteilsbegründung 720 f.
 - wissenschaftliche Hilfskräfte 655, 717 f., 720

- Verfassungsrecht s.a. Gewährleistungsverantwortung, Grundrechte, Rechtsfortbildung, Verhältnismäßigkeit, Weimarer Reichsverfassung
- Anforderungen an die Methodik 394 ff.
 - Demokratieprinzip 230, 241, 254, 380 f., 397, 398 ff., 412, 417, 526, 554, 561, 609, 615, 616, 629, 649, 676, 680 f., 682, 685, 688, 691 f., 717
 - Folgerichtigkeitsgrundsatz 257 ff., 297
 - Gesetzgebungskompetenzen 224 ff., 250 ff., 262 ff.
 - Gewaltenteilung 381, 397, 398 ff., 412, 417, 647, 655, 674, 688, 691, 703, 717
 - Indienstnahme Privater 252 ff.
 - Recht der Wirtschaft 225 ff.
 - Rechtsstaatsgebot 232, 238, 242, 248, 262, 310, 371, 380 f., 396, 397 f., 400 f., 412, 448, 523, 526, 543, 550, 551 f., 554, 559, 561, 580, 612, 614, 615, 626, 674, 682 f., 707
 - Staatsaufgaben 233 ff., 237 ff., 316
 - Trennung von Staat und Gesellschaft 228 ff., 243 ff.
 - USA 38, 40, 293
 - Widerspruchsfreiheit 262 ff., 625
- Verfügungsfreiheit 136 ff.
- Verhaltenssteuerung s.a. Regulierung, Verhaltenssteuerung durch Privatrecht, 52 f., 287, 305, 406 f., 438 ff., 450 ff., 494 ff., 728
- Verhaltenssteuerung durch Privatrecht 64 ff., 246 ff., 264, 305, 404 ff.
- Kritik an 3 f., 248, 368 f.
 - Spannungsverhältnis 5 ff., 38, 310 ff.
 - Stand der Forschung 5 ff.
- Verhaltenszurechnung 160, 487 ff., 549, 592, 595, 596, 597, 603
- Verhältnismäßigkeit 301 ff., 617 f.
- Erforderlichkeit 305 ff., 606–629
 - Geeignetheit 304 ff., 501 f.
 - im engeren Sinne 309 ff.
 - legitimer Zweck 231, 296, 302 ff.
 - Rechtsprechung 319 ff.
 - Untermaßverbot 273, 315 f., 397, 435, 606, 609
- Verschulden 204 f., 306 f., 463 ff.
- Versicherungsrecht 169 f., 216, 223, 307, 407, 442, 480, 482 f., 486
- Verteilungsgerechtigkeit s. iustitia distributiva, Umverteilung
- Vertragsfreiheit s. Privatautonomie
- Verwaltungsakt s.a. Behörde, 50, 58, 204, 319, 459 f., 507, 509, 541, 547, 552, 568, 579, 582, 587, 592, 634, 720
- Verwaltungsprivatrecht s. Öffentliches Recht
- Verwaltungsrecht s. Öffentliches Recht
- Verzug 157 f., 192
- Vorteilsabschöpfung s. Herausgabepflicht
- Wagner, Gerhard* 4 f., 80
- Weber, Max* 23, 25
- Weimarer Reichsverfassung 146, 224, 266, 534
- Wertungsjurisprudenz 360 ff., 366, 386, 418, 697 f., 701
- Westermann, Harry* 361 f.
- Wettbewerb der Rechtsordnungen s. Teilrechtsordnungen
- Wettbewerbsrecht s.a. Kartellverbot, 168 f., 487, 577, 595, 601, 630, 633, 641, 650, 652, 657 f., 672, 684, 694, 700
- Wiener Kongress 335
- Wilda, Wilhelm Eduard* 530
- Williamson, Oliver* 21
- Willke, Helmut* 30 ff.
- Windscheid, Bernhard* 125, 331, 334, 354
- Wirksamkeit des Rechts 24 ff., 29, 52 f., 611 ff.
- Effektivitätsquote 25
 - *Opp Diekmann*-Modell 26 ff.
- Wirtschaftsrecht 6 f., 74, 368, 543, 621, 655, 657
- Wohlfahrtsökonomik s. Soziale Wohlfahrt
- Wolff, Hans J.* 525
- Wucher 116, 156, 314 f., 457
- Zivilgerichte 6, 8, 101 ff., 132 ff., 223, 245 f., 317 ff., 336 f., 351, 381, 390 ff., 397 ff., 460, 552, 556 f., 600, 601, 604 f., 632, 646–723, 728
- Zivilprozessrecht s. Beweisregeln, Verfahrensrecht, Zivilgerichte

- Zurechnung s. Verhaltenszurechnung
- Zwingendes (Privat-)Recht s.a. Dispositives Recht, Privatautonomie, 60 f., 67, 73 ff.
- faktisch zwingendes Recht 74
 - numerus clausus der dinglichen Rechte 120, 127 ff., 134, 135 f.
 - zwingendes Vertragsrecht 78 ff., 307 ff.