

Möllers (Hrsg.) • Geltung und Faktizität von Standards

Schriften des Augsburg Center for
Global Economic Law and Regulation



Arbeiten zum Internationalen Wirtschaftsrecht
und zur Wirtschaftsregulierung

Thomas M. J. Möllers (Hrsg.)

Geltung und Faktizität von Standards

ISBN 978-3-8329-4927-3



Nomos

Standards als sekundäre Rechtsquellen*

Ein Beitrag zur Bindungswirkung von Standards

Thomas M.J. Möllers

I.	Defizite der Rechtsquellenlehre	144
1.	Die Privatisierung des Rechts	144
2.	Defizite	146
a)	Zur Dichotomie von Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle	146
b)	Erweiterung der klassischen Rechtsquellen durch bestimmte Ausnahmen (Gewohnheitsrecht etc.)	147
c)	Zum Rechtspluralismus „postmoderner“ Begründungsansätze	148
II.	Sekundäre Rechtsquellen	150
1.	Primäre und sekundäre Rechtsquellen	150
2.	Befassungspflicht, Präjudizienvermutung und Vertrauensschutz bei Urteilen	152
a)	Richterrecht - Indizwirkung, subsidiäre Befolgungspflicht und Präjudizienvermutung	152
b)	Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz	154
c)	Folgerungen – Beschränkung der Rückwirkung	156
III.	Standardsetzung und Inkorporation	157
1.	Standards	157
a)	Begriffsbildung von Standards	157
b)	Kriterien zur Begründung von Standards im Verfahren	158
c)	Elemente der Bindungswirkung von Standards	159
aa)	Verweisungsnormen und Vermutungstatbestände	159
bb)	Akzeptanz der Betroffenen	159
2.	Folgerungen	160
a)	Befolgungspflichten: Vermutungswirkung und Vertrauensschutz	160
b)	Befassungspflicht	161
c)	Abgrenzung zum Gesetzesrecht und soft law	162
3.	Einzelfälle bei der Standardsetzung durch die Verwaltung und Private	163
a)	Deutsche und europäische Regelwerke des Kapitalmarktrechts	163
aa)	Vermutungswirkung und Vertrauensschutz	163
bb)	Befassungspflicht	166
b)	Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)	166
aa)	Vermutungswirkung	166
bb)	Befassungspflicht	167
c)	Bindungswirkung von Standards im Gesundheitswesen	168
aa)	Vermutungswirkung und Vertrauensschutz	168
bb)	Befassungspflicht	169
d)	Produktentwicklung und Produktsicherheit	170
IV.	Zusammenfassung	170

I. Defizite der Rechtsquellenlehre

1. Die Privatisierung des Rechts

Standardisierungsprozesse jenseits der klassischen Rechtssetzung nehmen immer mehr zu. Akteure orientieren sich an generalisierten Verhaltensmaßstäben, die in Märkten entstehen und sich zu Verhaltensstandards verfestigen, ohne „klassisches“ Recht zu sein. Zudem entstehen zunehmend „Mischformen“ privater und staatlicher Regelung: Regeln werden von Akteuren wie privat organisierten Normungsgremien oder privatwirtschaftlichen Unternehmen gesetzt oder unter deren Beteiligung ausgearbeitet und können über unterschiedliche Transformations- und Rezeptionsmechanismen Rechtsqualität gewinnen. Diese Entwicklungen sind bisher rechtstheoretisch nur unzureichend aufgearbeitet. Die Existenz und die Ausgestaltung eines staatlichen Geltungsbefehls sind entscheidende Punkte. Ohne einen solchen fehlt es an der Wirkung *de jure*, es bleibt allein eine Bindungswirkung *de facto*. Oft wird nur von *soft law* gesprochen. Die Fragen nach der Bindungswirkung, Vertrauensschutz und etwaiger *safe harbor*-Regelung sind für das Richterrecht schon diskutiert worden. Offen ist aber, ob sich verallgemeinerungsfähige Kriterien finden, die auch für Verwaltungsvorschriften und Standards als private Rechtsetzung gelten. Der vorliegende Beitrag gibt hierzu erste Überlegungen.

Besonders deutlich wird dies am unterschiedlichen Umgang mit diesem Phänomen durch die Rechtsprechung: In einem jüngeren Urteil hatte der 2. Senat des BGH die Frage zu beurteilen, ob die DaimlerChrysler AG das Anlegerpublikum rechtzeitig von dem beabsichtigten Rücktritt des damaligen Vorstandsvorsitzenden Schrepp informiert hatte. Obwohl der *Emittentenleitfaden* der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) grundsätzlich bei dem Wechsel eines Vorstandsvorsitzenden eine ad-hoc-pflichtige Kursrelevanz bejaht, setzte sich der 2. Senat inhaltlich nicht mit den Ausführungen des *Emittentenleitfadens* auseinander, weil dieser eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift darstelle.¹ Das ist insoweit konsequent, als die ganz herrschende Meinung in der verwaltungsrechtlichen Literatur norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften nur eine Innenwirkung gegenüber der Verwaltung, aber keinerlei Außenwirkung gegenüber dem Bürger zuspricht. Daraus folge, dass für den Bürger keinerlei Rechte und Pflichten entstünden.² Auch der 11. Senat hatte die Richtlinie nach § 35 Abs. 2 WpHG³ als normin-

terpretierende Verwaltungsvorschrift qualifiziert, sich dann aber inhaltlich umfangreich mit dem Pflichtenkanon dieser Richtlinie auseinandergesetzt.⁴ Auf europäischer Ebene wird bei den Empfehlungen von *Committee of European Securities Regulators* (CESR) zwar betont, dass sie unverbindlich seien, gleichzeitig aber für den Rechtsanwender eine *safe harbor rule* begründen, soweit die *Guidelines* bzw. *Recommendations* eingehalten werden.⁵ Wenn diese Überlegungen in den *Emittentenleitfaden* der BaFin einfließen⁶, erscheint es widersprüchlich, wenn die Rechtsprechung diesen vollständig ignoriert. Höchst ungeklärt ist schließlich die rechtliche Relevanz des *Deutschen Corporate Governance Kodex* (DCGK).⁷ Zwar wird von Normen mit gesetzesgleicher Wirkung gesprochen, gleichzeitig aber werden eine Bindungswirkung oder sonstige rechtliche Implikationen abgelehnt.⁸

Modernes Recht überwindet die Teilrechtsdisziplinen als Ausdruck der Intradisziplinarität⁹: Standards finden sich ebenso in öffentlich- wie in privatrechtlichen Zusammenhängen und tragen zu deren zunehmender Verflechtung bei. Im Jahre 2007 hat sich eine Gruppe aus Juristen und Wirtschaftswissenschaftlern an der Universität Augsburg im Rahmen des ACELR¹⁰ zusammengetan, um die Thematik von „Standardisierung durch Markt und Recht“ zu vertiefen.¹¹

Im Einzelnen ist zuerst auf die Lücken der bisherigen Rechtsquellenlehre und neuere Ansätze einzugehen (I.). Sodann wird die These entwickelt, dass die Dichotomie zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung, zwischen verbindlichen Rechtsquellen und nur faktisch geltendem Richterrecht, Verwaltungsvorschriften und privater Rechtssetzung, *hard law* und *soft law* ausgedient hat. Künftig sind *sekundäre Rechtsquellen* als dritte Kategorie zwischen primären Rechtsquellen und unverbindlichen Regeln zu unterscheiden. Diese Kategorie zeichnet sich durch mehr

* Der folgende Aufsatz führt Überlegungen eines früheren Beitrages fort: s. Möllers, Standards als sekundäre Rechtsquellen - Eine Skizze zur Vermutungswirkung und zum Vertrauensschutz bei Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung, in: FS Buchner, 2009, S. 649 - 665.

1 So lapidar BGH, 2. Sen., v. 5.2.2008, WM 2008, 641 = NZG 2008, 300 Rn. 24: „Der Emittentenleitfaden der BaFin befasst sich zwar mit der Frage der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, stellt jedoch lediglich eine norminterpretierende Verwaltungsvorschrift dar“. Kritisch deshalb bereits Möllers, NZG 2008, 330, 331.

2 S. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 24 Rn. 16 ff. Zu Ausnahmen s. aber sogleich unter II.2.b).

3 Richtlinie gem. § 35 Abs. 2 WpHG v. 26.5.1997, BAnz 1997, S. 6586. Zu der Frage, ob die Richtlinie eine normkonkretisierende oder norminterpretierende Verwaltungsvorschrift darstellt, s. etwa den Streitstand bei Schädlé, Exekutive Normsetzung in der Finanzmarktaufsicht, 2007, S. 83.

4 BGH, 11. Sen., v. 24.1.2006, BGHZ 166, 56, 62 = BGH NJW 2006, 1429 Rn. 23 f.

5 Wörtlich heißt es: „They should also be understood as a *safe harbour* to ensure that investment firms, MTFs and regulated markets fulfil their respective obligations when following the proposed guidelines and recommendations.“, s. CESR Publication and consolidation of MiFID Transparency Data of 2/2007, CESR/07-043, Ziff. 1.10; hierzu bereits Möllers, ZEuP 2008, 480, 492 f.

6 Etwa im *Emittentenleitfaden* der BaFin v. 15.7.2005, IV.2.2.2., 41 unter Hinweis auf CESR's Advice on Level 2 Implementing Measures for the proposed Market Abuse Directive of 12/2002, CESR/02-089d, Rn. 36; hierzu Möllers, ZEuP 2008, 480, 488.

7 Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK) in der Fassung v. 14.6.2007, Bekanntmachung des BMJ v. 20.7.2007, www.bundesanzeiger.de, abgedruckt auch bei Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 161 Rn. 9.

8 S. Überblick bei Hüffer (Fn. 7), § 161 Rn. 26 ff.; Augsberg, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 298, 308.

9 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Appel, VVDStRL 67 (2008), 226 ff.

10 Zum Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation s. <http://www.acelr.de>.

11 S. bereits auch die Tagungsbeiträge in: Möllers (Hrsg.), Standardisierung durch Markt und Recht, 2008 sowie in: Möllers (Hrsg.), Vielfalt und Einheit, 2008.

als nur eine faktische Bindungswirkung aus, weil Indiz- und Vermutungswirkung sowie Vertrauensschutz des Betroffenen als rechtliche Parameter zu berücksichtigen sind. Dies gilt einerseits für Richterrecht (II.), lässt sich aber auch zum Teil für Verwaltungsvorschriften und private Normsetzung von Standards übertragen¹² (III.)

2. Defizite

a) Zur Dichotomie von Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle

Der Begriff „Rechtsquelle“ umschreibt Erscheinungsformen, in denen das objektive Recht auftritt. Im weiteren Sinne umfasst dies alle Einflussfaktoren, die für das Recht maßgeblich sind, etwa die rechtswissenschaftliche Literatur, die Verwaltungsübung oder die Gerichtspraxis.¹³ Die vorherrschende Ansicht verwendet den Begriff „Rechtsquelle“ allerdings enger. Als Rechtsquelle wird nur anerkannt, was für den Rechtsanwender einen verbindlichen Rechtssatz darstellt.¹⁴ Im Unterschied dazu werden rechtlich nicht bindende Einflussfaktoren nur als unverbindliche Rechtserkenntnisquelle bezeichnet. Richterrecht, Verwaltungsvorschriften und private Rechtssetzung zählen jeweils nicht zu den Rechtsquellen, sondern bilden nur jeweils eine sogenannte Rechtserkenntnisquelle. Für Richterrecht¹⁵, Verwaltungsvorschriften¹⁶ oder private Rechtssetzung¹⁷ wurde regelmäßig nur von einer faktischen Bindungswirkung gesprochen. Erklärbar ist diese Trennung, weil bisher zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung unterschieden wurde.¹⁸ So ist zwischen verbindlichem *hard law* und unverbindlichem *soft law* zu trennen.¹⁹ Diese Dichotomie setzt sich neben dem Gegensatzpaar Rechtsgeltung versus Faktizität durch.²⁰

12 Zustimmung *Spindler/Hupka*, in diesem Tagungsband, S. 117, 118, 141.

13 Zu diesem soziologischen Rechtsquellenbegriff s. etwa *Rüthers*, Rechtstheorie, 4. Aufl. 2008, Rn. 217 f. hierzu auch *Vesting*, Rechtstheorie, 2007, Rn. 185.

14 *Rüthers* (Fn. 13), Rn. 217 f.

15 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, S. 206; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 432; *Pickert*, JZ 1988, 62, 72 f.; *Köhler*, JR 1984, 45, 48. Für die Erklärungen der BaFin etwa *Köndgen*, ZBB 1996, 361; *Möller/Ganten*, ZGR 1998, 773, 801; *Koller*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 4. Aufl. 2006, § 35, Rn. 6; *Balzer*, in: Welter/Lang, Handbuch der Informationspflichten im Bankverkehr, 2004, Rn. 7.8; *Schädle* (Fn. 3), S. 89.

16 BVerwG v. 6.11.1986, BVerwGE 75, 109, 115, 117 f.; BVerwG v. 25.11.1993, BVerwGE 94, 335, 340; *Maurer* (Fn. 2), § 24 Rn. 20.

17 Für Deliktsrechtliche Pflichten s. *Wagner*, in: MünchKomm BGB, 4. Aufl. 2004, § 823 Rn. 270, 487.

18 *Von Bogdandy*, Gubernative Rechtssetzung, 2000, S. 156; *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 17 Rn. 1.

19 S. hierzu *Kelsen*, Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik 39 (1915), 839, 842 ff. und *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972, S. 187 ff.; s. *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 510. Für den angloamerikanischen Rechtskreis zu nennen ist *Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, 1954, Chap. 1.

Zu Recht hatte *Buchner* betont, dass höchstrichterliche Entscheidungen „in starkem Maße über den entschiedenen Einzelfall hinauswirken und faktisch für die Beurteilung anderer, künftiger Tatbestände gelten“.²¹ Untere Gerichte richten sich regelmäßig an den Präjudizien höherer Gerichte aus und diese an ihrer früheren Rechtsauffassung.²² Vergleichbares gilt für Verwaltungsvorschriften, die ganz überwiegend befolgt werden. Diese werden in der Praxis behandelt, als ob sie unmittelbare Außenrechtssätze darstellen.²³ Diese Wirkung aber bildet die juristische Dogmatik nicht ab.²⁴ Der herrschende Lösungsansatz gelange zu Konstruktionen, so die Kritik, denen jedes Potential für die Beschreibung der Rechtswirklichkeit fehle.²⁵ Aber auch private Rechtssetzung, wie etwa die Regelungen des DCGK, wird ganz überwiegend befolgt.²⁶ Die oben genannten Beispiele zeigen diametral entgegengesetzte und damit widersprüchliche Aussagen: Einmal werden die Verwaltungsvorschriften der BaFin ignoriert, das andere Mal soll daraus Vertrauen für den Betroffenen erwachsen. Erst kürzlich hatte *Köndgen* die „Armut der traditionellen Rechtsquellenlehre“ angeprangert, weil der *numerus clausus* der Rechtsnormen die Wirklichkeit nur unzureichend beschreibe.²⁷

b) Erweiterung der klassischen Rechtsquellen durch bestimmte Ausnahmen (Gewohnheitsrecht etc.)

Schon frühzeitig hat die herrschende Ansicht Ausnahmen vorgenommen und damit den Rechtsquellenbegriff erweitert. Für Richterrecht war bisher anerkannt, dass es ausnahmsweise in *Gewohnheitsrecht* erstarken kann. Als *Gewohnheitsrecht* bezeichnet man Rechtsregeln, die erstens auf einer lang dauernden tatsächlichen Übung (*longa inveterata consuetudo*) beruhen und die zweitens durch die allgemeine Überzeugung ihrer Rechtsverbindlichkeit begründet sind (*opinio necessitatis*).²⁸ *Gewohnheitsrecht* soll nicht entstehen, wenn es an der *opinio necessitatis* fehlt.²⁹ Verwaltungsvorschriften könnten *Außenwirkungen* haben, wenn sie normkonkreti-

20 *Hommelhoff/Schwab*, BFuP 1998, 38, 40; *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477, 521.

21 *Buchner*, in: GS Dietz, 1973, S. 175, 180.

22 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 253.

23 *Wahl*, in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 571, 582.

24 *Wahl*, in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 571, 586 Fn. 51; *Maurer*, JZ 2005, 895.

25 *Von Bogdandy* (Fn. 18), S. 455.

26 S. die jährliche Übersicht von *Werder/Taladizar*, etwa in: DB 2008, 825 ff.

27 *Köndgen* auf der Zivilrechtslehrertagung 2004 in Basel, abgedruckt in: AcP 205 (2005), 477, 516 f.

28 BVerfG v. 18.2.1970, BVerfGE 28, 21, 28 - Robe; *Larenz* (Fn. 15), S. 356 ff.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 58. Aufl. 2009, Einl. Rn. 22; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 215; *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 554 ff.

29 S. etwa BVerfG v. 17.3.1959, BVerfGE 9, 213, 221.

sierend sind.³⁰ Jüngst scheint eine neue Kategorie von außenrechtswirksamen Verwaltungsvorschriften eingeführt worden zu sein.³¹ Maurer kritisiert: „Die Verwaltungsvorschrift mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen ist ein Widerspruch in sich.“³² Regelungen Privater können den Charakter von Rechtsnormen annehmen, wenn der Staat die privatrechtlichen Normen für allgemeinverbindlich erklärt. So können Rechtsnormen in Tarifverträgen für allgemeinverbindlich erklärt werden; Inhalt, Abschluss oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten für die beiderseits Tarifgebundenen unmittelbar und zwingend, § 4 f. TVG. Auch Betriebsvereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bilden eine Rechtsquelle, da die Vereinbarung unmittelbar und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse einwirkt.³³ Diese Ausnahmen verdeutlichen, dass es für bestimmte Fallgruppen ein praktisches Bedürfnis gibt, ihnen Rechtsverbindlichkeit zuzusprechen. Ansonsten bleiben aber ungelöste Fragen. Das gilt erstens für die Abgrenzung zwischen verbindlichem und unverbindlichem Recht: Ab wann spricht man von Gewohnheitsrecht³⁴, wo verläuft die Grenze zwischen normkonkretisierender und norminterpretierender Verwaltungsvorschrift?³⁵ Und zweitens bleibt ungeklärt, ob der rechtlich unverbindliche Bereich wirklich „rechtsfrei“ ist.

c) Zum Rechtspluralismus „postmoderner“ Begründungsansätze

In der Literatur wird nun zum Teil im Sinne einer *tabula rasa* gefordert, den Rechtsquellenbegriff deutlich auszudehnen. Dann könnte Richterrecht, wie im US-amerikanischen Recht die Präjudizien, bindende Wirkung gegenüber jedermann haben.³⁶ Auch Verwaltungsvorschriften sollen nach einer stärker werdenden Literaturansicht Außenwirkung gegenüber dem Bürger besitzen.³⁷ Schließlich sollen auch Regelwerke Privater Normativität aufweisen und damit die Rolle des Rechts ein-

nehmen – insoweit wird gerade im internationalen Bereich einem Rechtspluralismus das Wort geredet.³⁸

Diesen Literaturansichten ist zuzugeben, dass die faktische Bindungswirkung nur unzureichend die Rechtswirkungen von Urteilen, Verwaltungsvorschriften und privater Normsetzung umschreibt. Allerdings scheinen sie in ihrer Wirkung „überzuschießen“. Urteile wirken grundsätzlich nur *inter partes*, nicht *inter omnes*.³⁹ Sie sind damit nicht unmittelbar mit Gesetzesrecht vergleichbar.⁴⁰ Eine Bindungswirkung von Urteilen, vergleichbar mit der *stare decisis*-rule des anglo-amerikanischen Rechts, gibt es grundsätzlich nicht. Dies hat den Vorteil, dass bestimmte Aussagen früherer Urteile durch die spätere Rechtsprechung einfacher eingeschränkt und korrigiert werden können.⁴¹ Die Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften ist nicht überzeugend, wenn diese den Bürger gar nicht tangieren.⁴² Wenn zum Teil der Begriff der Handlungsformen verwendet wird,⁴³ erfasst dieser nur Handlungsformen der Exekutive und Legislative, nicht aber Urteile oder Regelwerke Privater. Regelwerken Privater Rechtsqualität zuzusprechen überzeugt nicht, weil es dafür hoheitlichen Handelns bedarf. Insoweit kann nicht ohne weiteres vom Sein auf das Sollen geschlossen werden.⁴⁴

Der auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhende,⁴⁵ in Art. 20 Abs. 3 GG aber nicht ausdrücklich genannte Grundsatz vom Gesetzesvorbehalt verlangt, dass bestimmte Maßnahmen des Staates einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedürfen.⁴⁶ Auch das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG lässt sich zur Begründung dieses Grundsatzes heranziehen: Danach sind wichtige Entscheidungen in öffentlicher Debatte zu klären.⁴⁷ Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fordert, dass

30 Für den Bereich des Umwelt- und Technikrechts s. etwa BVerwG v. 19.12.1985, BVerwGE 72, 300, 320 f.; BVerwG v. 28.10.1998, BVerwGE 107, 338, 340 ff. Weitere Ausnahmen im laufenden Text.

31 BVerwG v. 25.11.2004, JZ 2005, 892.

32 Maurer, JZ 2005, 895, 896.

33 § 77 Abs. 2, 4 BetrVG, s. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2004, Rn. 139, 1017 ff. Zudem können Privatrechtsnormen durch Verweisungsnormen rechtsverbindlich gestellt werden, s. unten III 1.

34 Larenz (Fn. 15), S. 357; Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 192.

35 Etwas ratlos etwa Maurer, JZ 2005, 895 in seiner Anmerkung zu BVerwG v. 25.11.2004, JZ 2005, 892: Der Kreis der außenrechtswirksamen Verwaltungsvorschriften wird mit dem Urteil beachtlich erweitert.

36 So etwa Pawloski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 519 ff., 1020.

37 Etwas Ossenbühl, in: FG 25 Jahre BVerwG, 1978, S. 433 ff.; ders., HStR III, 1988, § 65 Rn. 39 ff.; Vogel, in: FS Thieme, 1993, S. 605, 607 ff.; Wahl, in: FG 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 571, 595; Leisner, JZ 2002, 219 ff. Vgl. auch VGH Mannheim v. 4.5.1990, NVwZ 1991, 92 f.

38 Früher schon: Schwierz, Die Privatisierung des Staates am Beispiel der Verweisungen auf die Regelwerke privater Regelgeber im technischen Sicherheitsrecht, 1986, S. 64 ff. Aus jüngerer Zeit: Teubner, in: Schmidt/Weyers, Liber Amicorum Esser, 1995, S. 191, 198 ff.; ders., Globale Bukowina, Rechtshistorisches Journal 15 (1996), 255 ff.; ders. (Hrsg.), Global Law Without a State, 1997; ders., ZaÖRV 63 (2003), 1, 15: Private Regelwerke als „Normen konstitutioneller Qualität“; Ladeur/Augsberg, Rechtstheorie 36 (2005), 143, 165 ff. Aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis etwa Roberts, After Government? On Representing Law Without the State, 68 Mod.L.Rev. 16 ff. (2005). Mit diesem Ansatz sympathisierend Vesting (Rn. 13), Rn. 242 ff., 190.

39 Neben dem BVerfG v. 26.1.1991, BVerfGE 84, 212, 227 – Arbeitskampf; Vogel, Juristische Methodik, 1998, S. 84.

40 BVerfG v. 26.1.1991, BVerfGE 84, 212, 227 – Arbeitskampf: „Höchststrichterliche Urteile sind kein Gesetzesrecht und erzeugen keine damit vergleichbare Rechtsbindung“. BVerfG v. 2.2.1993, BVerfGE 88, 1093, 116 f. zum Arbeitskampfrecht des BAG.

41 Zu diesem Flexibilitätsargument s. Esser, in: FS Hippel, 1967, S. 95, 121; Larenz (Fn. 15), S. 431 f.; Kramer (Fn. 34), S. 213; Röhrich, ZGR 1999, 453, 454 f.

42 So zu Recht Maurer (Fn. 2), § 24 Rn. 24.

43 Kritisch zum Rechtsquellenbegriff von Bogdandy (Fn. 18), S. 156 ff.

44 Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911, S. 6 ff.; ders., Naturrechtslehre und Positivismus, Revista Iuridica, 1961. So vor allem der Vorwurf gegen die Autoren in Fn. 38.

45 BVerfG v. 10.5.1988, BVerfGE 78, 179, 197.

46 BVerfG v. 14.7.1998, BVerfGE 98, 218, 251 – Schulschreibreform.

47 BVerfG v. 25.3.1992, BVerfGE 85, 386, 403 f.; BVerfG v. 8.4.1997, BVerfGE 95, 267, 307 f.

der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss.⁴⁸ Davon zu unterscheiden ist, dass nach Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung im Gesetz bestimmt sein müssen.

II. Sekundäre Rechtsquellen


1. Primäre und sekundäre Rechtsquellen

Gesetze und Rechtsverordnungen als primäre Rechtsquellen gelten und binden, es sei denn, sie sind aus formellen oder materiellen⁴⁹ Gründen nichtig. Der Gesetzgeber ist bei Rechtsänderungen durch den Vertrauensschutz eingeschränkt. Er hat die Grundsätze der echten und unechten Rückwirkung zu beachten.⁵⁰ Die Dichotomie der bisherigen Rechtsquellenlehre geht davon aus, dass es neben Rechtsquellen, die rechtsverbindlich gelten, einfache Rechtserkenntnisquellen gibt, die bestenfalls eine faktische Bindungswirkung erzeugen. Diese Zweiteilung ist um eine dritte Kategorie, die sekundären Rechtsquellen, zu erweitern, so dass künftig von einer *Trichotomie* zu sprechen ist. Zu diesen sekundären Rechtsquellen können die Rechtsprechung, Verwaltungsvorschriften, aber auch private Normsetzung gehören.

Die Rechtsprechung ist schon als subsidiäre⁵¹, schwächere⁵² oder mittelbare Rechtsquelle⁵³ bezeichnet worden. Im Folgenden ist besser von einer sekundären Rechtsquelle⁵⁴ zu sprechen, um zu verdeutlichen, dass sich diese Rechtsquelle auf das Gesetz oder zumindest staatliche Gewalt bezieht. Die sekundären Rechtsquellen zeichnen sich erstens dadurch aus, dass sie gegenüber der Bindungswirkung des Gesetzes nachrangig sind und zweitens nicht immer Allgemeinverbindlichkeit zeitigen, also gegenüber jedermann gelten. Sie binden Gerichte weniger stark als Gesetze oder Rechtsverordnungen. Sekundäre Rechtsquellen zeichnen sich drittens positiv gegenüber unverbindlichem *soft law* dadurch aus, dass sie *Rechtswirkungen erzeugen*. Im Einzelnen müssen sich die einschlägigen Instanzen, wie etwa die Rechtsprechung, mit den sekundären Rechtsquellen befassen, es kann insoweit eine Indiz- oder Vermutungswirkung der Richtigkeit bestehen (a). Zudem kann durch die Re-

geln zugunsten des Bürgers ein Vertrauenstatbestand geschaffen werden (b). Elemente dieser Indiz- bzw. Vermutungswirkung und des Vertrauensschutzes lassen sich mit einzelnen Elementen nach dem Beweglichen System von *Walter Wilburg*⁵⁵ weiter konkretisieren. Dabei müssen nicht wie bei Tatbestandsmerkmalen alle Elemente kumulativ erfüllt sein, sondern können gegeneinander abgewogen werden und sich bei stärkerer bzw. schwächerer Ausprägung ausgleichen.⁵⁶ Optisch lässt sich dies wie folgt darstellen:

Trichotomie - Sekundäre Rechtsquellen als Gattung zwischen primären Rechtsquellen und soft law

Primäre Rechtsquellen	Sekundäre Rechtsquellen	Soft law
Gesetze und Rechtsverordnungen	Richterrecht, Verwaltungsvorschrift, Inkorporierte private Normen	
Allgemeinverbindlich	nur eingeschränkte Bindungswirkung	Keine Bindungswirkung
Umfassender Geltungsanspruch	Indiz- und Vermutungswirkung (subsidiäre Befassungs- und Befolgungspflicht)	Keine Befolgungspflicht
Grundsätze echter/unechter Rückwirkung	Vertrauensschutz	Kein Vertrauensschutz
Abwägungsparameter (Bewegliches System):		
		

48 Zur Wesentlichkeitstheorie (hier: Zulässigkeit der Rechtschreibreform ohne ein entsprechendes Parlamentsgesetz) s. etwa BVerfG v. 14.7.1998, BVerfGE 98, 218, 251 f.; hierzu *Bauer/C. Möllers*, JZ 1999, 696, 700 ff.

49 Etwa weil sie gegen höherrangiges Recht verstoßen.

50 S. etwa BVerfG v. 14.5.1986, BVerfGE 72, 200, 242, 254; BVerfG v. 3.12.1997, BVerfGE 97, 67, 78 f.; BVerfG v. 27.9.2005, BVerfGE 114, 258, 300; *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 132 ff.

51 So bereits *Bydlinski* (Fn. 28), S. 510; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Europarecht, Bd. 2, 2003, S. 242; ähnlich auch *Säcker*, in: *MünchKommBGB*, 5. Aufl. 2006, Einl. Rn. 87.

52 *Caroni*, Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, 1996, S. 173: „schwächere Rechtsquelle“. Ähnlich auch *Kramer* (Fn. 34), S. 215: „sui generis“.

53 So *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150, 160; *Hüffer* (Fn. 7), § 161 Rn. 3 für den DCGK.

54 Dieser Begriff wurde auch verwendet von *Meyer-Cording*, Die Rechtsnormen, 1971, S. 56.

55 *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 26ff.; *ders.*, Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950, S. 12 ff.; *ders.*, AcP 163 (1964), 346 ff.; s. auch *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986.

56 D.h. diese stehen zueinander in einem komparativen Verhältnis und sind im Sinne eines „je – desto“ untereinander in Ausgleich zu bringen. Für § 31 WpHG s. etwa *Leisch*, Informationspflichten nach § 31 WpHG, 2004, S. 123, 166; *Möllers*, in: *KK-WpHG*, 2007; § 31 Rn. 258 ff.

2. Befassungspflicht, Präjudizienvermutung und Vertrauensschutz bei Urteilen

a) Richterrecht - Indizwirkung, subsidiäre Befolgungspflicht und Präjudizienvermutung

Dass außer den primären Rechtsquellen auch das Richterrecht mehr als nur eine faktische Bindung erzeugt, gehört heutzutage zum gesicherten Bestand der Rechtstheorie. Erstmals haben *Kriele*, *Bydlinski* und *Alexy* eine subsidiäre Befolgungspflicht der Gerichte postuliert. Dazu müssen sich Gerichte mit den früheren einschlägigen Urteilen befassen.⁵⁷ Sodann wurde eine subsidiäre Befolgungspflicht der Gerichte festgestellt. Wenn mehrere Lösungen möglich und annähernd gleichmäßig vertretbar sind, sind höchstrichterliche Entscheidungen in der Weise verbindlich, als sich die Argumentationslast ändert: Wer von früheren Urteilen abweichen will, muss dies besonders begründen.⁵⁸ Inzwischen geht auch die überwiegende Meinung von einer solchen subsidiären Befolgungspflicht oder Präjudizienvermutung aus.⁵⁹ Die subsidiäre Befolgungspflicht ähnelt den anglo-amerikanischen *persuasive authorities*.⁶⁰ Es besteht zwar eine gewisse Vermutung der Richtigkeit. Der Richter wird ihnen aber nur folgen, wenn er sie auch inhaltlich überzeugend findet. Ein solches Ergebnis entspricht auch der Praxis des EuGH, wonach Präjudizien zwar nicht binden und eine Abweichung von der früheren Rechtsprechung möglich, aber aufzudecken und begründungsbedürftig ist. Der Verzicht auf jegliche Bindung würde dazu führen, dass sich ein geordnetes, systematisches Fallrecht nicht entwickeln kann. Eine vermeintliche Beliebigkeit von früheren Entscheidungen wäre für den Rechtsanwender nicht effektiv, müsste er doch jeweils von vorne den ganzen Argumentationsaufwand betreiben. Zu Recht wurde in der Literatur herausgearbeitet, dass nicht nur der Rechtsanwalt, sondern auch der Amtsträger nach § 839 BGB haften kann, wenn er die höchstrichterliche Rechtsprechung ignoriert.⁶¹ Wegen der richterlichen Unabhängigkeit haften Richter allerdings nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz.⁶²

57 Hierzu *Vogel*, (Fn. 37), S. 86.

58 *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl. 1976, S. 243 ff.; *Bydlinski* (Fn. 28), S. 506 ff. und *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 4. Aufl. 2001, S. 339.

59 *Fikentscher*, Die Bedeutung der Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: *Blaurock*, Die Bedeutung von Präjudizien im französischen und deutschen Recht, 1989, S. 11, 19; *Raisch*, Juristische Methoden, 1995, S. 192; *Vogel* (Fn. 56), S. 86; *Rüthers* (Fn. 13), Rn. 239 ff.; *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 105 ff.; *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration, 1999, S. 70. *Canaris* führt die Rechtsansicht von *Larenz* auch nicht mehr fort, s. *Larenz/Canaris* (Fn. 22), S. 256 f.

60 *Möllers* (Fn. 59), S. 74; *von Bar*, ZfRV 35 (1994), 221, 231.

61 *Kriele* (Fn. 56), S. 249 f.; *Buchner*, in: GS Dietz, 1973, S. 175, 182; *Palandt/Sprau* (Fn. 28), § 839 Rn. 53; BGH v. 24.11.1988, VersR 1989, 184.

62 BGH v. 3.7.2003, NJW 2003, 3052, 3053. Das führt dazu, dass sich Gerichte in Deutschland oft nicht genötigt sehen, sich mit der Rechtsprechung anderer Senate auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, ob die jetzige Entscheidung einer früheren Entscheidung widerspricht. S. etwa BGH 9. Sen., v. 21.4.1998, BGHZ 138, 321 – Baukran und keine Auseinandersetzung mit BGH, 8. Sen., v. 5.6.1996, BGHZ 133, 71 – Verbraucherkreditgesetz und Schuldbeitritt; kri-

Die entscheidende Wirkung eines Urteils wird zudem durch die Macht (*auctoritas*), Recht zu sprechen, herbeigeführt. Zudem erfordert es der Rechtsfriede, auch ein nicht überzeugendes, ja selbst ein falsches Urteil zu akzeptieren.⁶³ Folglich zitieren Gerichte nicht nur ihre früheren Urteile, sondern halten sich vor allem schon rein faktisch regelmäßig an diese.⁶⁴

Wenig geklärt sind noch die Elemente einer solchen Vermutungswirkung. *Canaris* möchte die Befassungspflicht und die Präjudizienvermutung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung begrenzt wissen.⁶⁵ Diese Formulierung scheint zu pauschal. Im Sinne eines Beweglichen Systems sind Elemente zusammenzutragen, die eine Vermutungswirkung begründen können, wie Dauer der Rechtsprechung, Akzeptanz, Überzeugungskraft der Argumentation und Bedeutung des Gerichts. Auf der einen Seite wird man von einer Indizwirkung sprechen, die bestenfalls zu einer Befassungspflicht verpflichtet, aber noch keine Vermutung der Richtigkeit festgelegt. Auf der anderen Seite wird man auch – vergleichbar mit der *stare decisis*-rule und den Ausführungen des BGH Fälle finden, die fast zu einer Bindungswirkung führen. Die obigen Ansichten lassen sich damit weitgehend miteinander vereinbaren. Die Kriterien für die *Dauerhaftigkeit* der bisherigen Rechtsprechung sind fließend.⁶⁶ Einen Vertrauenstatbestand kann ein einzelnes Präjudiz ohnehin nur setzen, wenn die *Maxime*, von der das Urteil getragen wird, verallgemeinerungsfähig ist.⁶⁷ Wie bei dem bisher anerkannten Gewohnheitsrecht wird man als weiteres Kriterium zudem noch fordern müssen, dass die bisherige Rechtsprechung als unstrittig anerkannt (*opinio necessitatis*) und damit als richtig (*veritas*) angesehen worden ist.⁶⁸ Dies ist schon deswegen erforderlich, weil die Voraussetzungen, wann eine Rechtsprechung ständig ist, schwer zu erfassen sind, womit Klarheit und Eindeutigkeit, mithin Überzeugungskraft des Präjudizes, von entscheidender Bedeutung sind.⁶⁹ Grundsätzlich ist

tisch deshalb *Drexler*, JZ 1998, 1046, 1056. S. einerseits BAG 5. Sen., v. 8.5.1996, NJW 1996, 3028 – Nichtraucherschutz ablehnend mit kritischen Anmerkungen *Möllers*, JZ 1996, 1050 ff. und andererseits BAG 9. Sen., v. 17.2.1998, NJW 1999, 162 ff – Nichtraucherschutz bejahend.

63 Zum Autoritätsargument s. *Klein*, VVDStRL 50 (1991), S. 56, 66 f.

64 *Larenz/Canaris* (Fn. 20), S. 253. Pointiert formuliert *Kötz*, die Unterschiede bei der Rechtsfindung zwischen anglo-amerikanischem und kontinentaleuropäischem Recht müsse man „mit der Lupe suchen“, *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 257 sowie oben Fn. 21.

65 *Larenz/Canaris* (Fn. 20), S. 257; noch enger *Rüthers* ((Fn. 13), Rn. 239, 243: „Grundsatzentscheidungen der Bundesgerichte“.

66 Der Bereich von „Urteil“, „Grundsatzurteil“, „ständige Rechtsprechung“ und „gefestigte Rechtsprechung“ ist fließend, s. *Coing*, JuS 1975, 277, 280; *Buchner*, in: GS Dietz, 1973, S. 175, 192 ff.; *Langenbucher* (Fn. 59), S. 133. Zur Verwendung als Argumentationsfigur s. EuGH v. 18.1.2001, Rs. C-162/99, Slg. 2001, I-541 Rn. 22 – *Kommission/Italien*; neben den zitierten Entscheidungen vorher bereits auch EuGH v. 23.5.1985, Rs. 29/84, Slg. 1985, 1661 Rn. 23 – *Kommission/Deutschland*.

67 *Rüberg*, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977, S. 168.

68 S. als Beispiel für fehlende Anerkennung der Rechtsprechung BGH v. 7.12.1988, BGHZ 106, 169, 174.

69 *Rüberg*, Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung, 1977, S. 164 f., 167.

im Gegensatz zur anglo-amerikanischen *stare decisis*-rule nicht ein *overruling*⁷⁰ und damit der Nachweis erforderlich, dass die frühere Entscheidung unrichtig und falsch gewesen ist.⁷¹ Damit müssen keine zusätzlichen neuen Überlegungen (*specific justification*) vorgetragen werden, die bisher noch nicht berücksichtigt wurden.⁷² Im Ergebnis verlangt die subsidiäre Befolgungspflicht die Einsicht, dass es sich bei der Rechtsprechung, der man folgt, um richtiges Recht (*veritas*) handelt.⁷³ Dazu können auch Entscheidungen unterinstanzlicher Gerichte gehören, da es jeweils auf die Qualität der Argumentation ankommt.⁷⁴ Dazu gilt es, die einzelnen tragenden Gründe nachzuvollziehen und zu prüfen, ob die Begründung auch heute noch trägt. Für die mögliche Rechtsänderung ist die Durchsetzung materieller Gerechtigkeit darzutun. Dazu reicht es aus, dass der Richter ausführt, dass in Wahrheit die deutlich besseren oder sogar die ganz überwiegenden Argumente gegen das Präjudiz sprechen.⁷⁵ Er kann somit von dem Präjudiz abweichen, ohne dartun zu müssen, dass die Rechtsprechung vorab „abwegig“ war.

Nach Ansicht des BGH darf eine ständige Rechtsprechung nur geändert werden, wenn „deutlich überwiegende oder sogar schlechthin zwingende Gründe dies erfordern.“⁷⁶ Dagegen formuliert das BVerfG deutlich großzügiger, um eine Rechtsprechungsänderung zu gestatten: „Es bedarf (...) nicht des Nachweises wesentlicher Änderungen der Verhältnisse oder der allgemeinen Anschauungen, damit ein Gericht ohne Verstoß gegen Art. 20 Abs. 2 GG von seiner früheren Rechtsprechung abweichen kann.“⁷⁷ Nur in Extremsituationen (auf der Skala ganz links oder ganz rechts) können die gerade genannten Formulierungen von BGH und BVerfG zutreffen.

b) Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz

Indizwirkung und Präjudizienvermutung erhalten ihre eigentliche Relevanz erst durch die zweite Seite der Medaille, nämlich die Frage, in welchem Umfang die Änderung der Rechtsprechung den Vertrauensschutz des Bürgers verletzen kann. Buchner hat schon vor mehr als 35 Jahren darauf hingewiesen, dass hier an die

70 Ebenso Larenz/Canaris (Fn. 22), S. 257; Bydlinski (Fn. 28), S. 508.

71 *The Propeller Genese Chief v. Fitzhugh* 53 U.S. (12 How) 443 at 458 (1851): "the former decision was found in error"; *Payne v. Tennessee*, 111 S.Ct. 2597 at 2611 (1991): "these decisions (...) were wrongly decided and should be, and now are, overruled".

72 *Evans v. Bartlam* [1937] A.C. 473 at 488 f. per Lord Wright (H.L.,(E.)). Hierzu ausführlich Harris, 10 Oxford J. of Legal Studies 135, 152 ff. (1990); s. auch C. (A Minor) v. D.P.P. [1996] A.C. 1, 28 per Lord Lowry (H.L.,(E.)); *Planned Parenthood v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 at 2814 (1992).

73 Pawlowski (Fn. 36), Rn. 933 ff.; Streinz, ZEuS 2004, 387, 413.

74 Bydlinski (Fn. 28), S. 508. A.A. die Autoren in Fn. 65.

75 Larenz/Canaris (Fn. 22), S. 257.

76 BGH v. 4.10.1982, BGHZ 85, 64, 66; BGH v. 25.3.1983, BGHZ 87, 150, 156.

77 BVerfG v. 26.1.1991, BVerfGE 84, 212, 227 – Arbeitskamp.

Grundsätze der Rückwirkung anzuknüpfen ist, welche die Rechtsprechung für die Änderung von Gesetzen entwickelt hat.⁷⁸ Der Bundesgerichtshof formuliert hierzu:

„...Die in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Regeln über die Begrenzung rückwirkender Änderung von Gesetzen (vgl. dazu BVerfGE 63, 152, 175; 71, 255, 273; 88, 384, 406 f.) können nicht ohne weiteres auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung übertragen werden; denn Gerichte sind in der Regel nicht an eine feststehende Rechtsprechung gebunden, die sich im Licht besserer Erkenntnis als nicht mehr haltbar erweist (BVerfGE 59, 128, 165). Daraus folgt, daß Beschränkungen unechter Rückwirkung bei gerichtlichen Entscheidungen seltener als bei Gesetzen geboten sind.“

b) Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Hinsicht bisher keine allgemein gültigen Regeln aufgestellt (vgl. BVerfGE 84, 212, 227 f.), sondern sich mit Entscheidungen im Einzelfall begnügt. Danach können sich Schranken der Rückwirkung aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Rechtssicherheit ergeben. Diese bedeutet für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz. Dürfte die von der Rückwirkung betroffene Partei mit der Fortgeltung der bisherigen Rechtslage rechnen und verdient dieses Interesse bei einer Abwägung mit den Belangen des Vertragspartners und den Anliegen der Allgemeinheit den Vorrang, greift die Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein (BVerfGE 72, 175, 196; BGH, Urt. v. 18. Januar 1996, aaO). Bei der danach zu treffenden Abwägung ist insbesondere zu beachten, daß die materielle Gerechtigkeit einen dem Grundsatz der Rechtssicherheit mindestens ebenbürtigen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips verkörpert (vgl. BVerfGE 7, 89, 92; 194, 196; 22, 322, 329; 35, 41, 47; 74, 129, 152).“⁷⁹

Grundsätzlich ist zu prüfen, ob den Interessen des auf die Fortgeltung der Rechtslage Vertrauenden Vorrang einzuräumen ist gegenüber der materiellen Gerechtigkeit. Einzelheiten sind noch wenig geklärt. Man wird hier *Elemente in einem Beweissystem* zueinander setzen können: Grundsätzlich ist zwar anerkannt, dass das Ziel gerechter und rechtmäßiger Entscheidungen Vorrang vor Vertrauensschutzbelangen haben muss.⁸⁰ Wer sich auf eine Beschränkung auf Vertrauensgesichtspunkte beruft, trägt hierfür die Darlegungslast.⁸¹

Die berücksichtigungswerten Elemente für die Abwägung zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit sind zum einen die oben Genannten (Dauerhaftigkeit der Rechtsprechung, bisherige Akzeptanz, Bedeutung des Gerichts und des Urteils), zum anderen aber auch die berechtigten Vertrauensinvestitionen sowie schließlich berechnete Interessen Dritter. Sie ähneln damit den oben für die Vermutungswirkung genannten Kriterien, sind aber nicht vollständig deckungsgleich. Solange die Rechtsprechung umstritten ist, kann sich etwa ein entsprechendes schutz-

78 Buchner, in: GS Dietz, 1973, S. 175 ff.

79 BGH v. 29.2.1996, BGHZ 132, 119, 129 f.

80 Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 177; für die Schweiz differenzierend nach der Wortlautgrenze Kramer (Fn. 34), S. 252 ff.

81 Von Beweislast spricht Langenbucher, JZ 2003, 1132, 1137.

würdiges Vertrauen nicht entwickeln.⁸² In diesem Rahmen wird die Bedeutung des Gerichts gewichtig sein,⁸³ denn solange Entscheidungen noch per Berufung oder Revision angefochten werden können, ist ein Vertrauensschutz nur in engen Grenzen möglich. Eine rückwirkende Rechtsprechung kann ähnlich belastend wirken wie eine rückwirkende Gesetzgebung.⁸⁴ Eine Abwägung zwischen richtigem Recht und dem Vertrauensschutz des Einzelnen kann insbesondere in Betracht kommen, wenn der Betroffene durch eine Rechtsprechungsänderung besonders hart getroffen wird.⁸⁵ In der Regel geht es um *Schadensersatzansprüche*, denen sich der durch die Rechtsprechungsänderung betroffene Bürger ausgesetzt sehen könnte. Im Deliktsrecht bejahte der BGH etwa die Verletzung einer Verkehrspflicht, lehnte aber ein Verschulden des Beklagten ab, weil die Rechtsprechung erst vor kurzer Zeit gegensätzlich entschieden hatte.⁸⁶ Als der BGH die Außenhaftung der Gesellschafter einer GbR bejahte, erkannte er auch das Vertrauen der in einem Fonds investierten Anleger an, von existenzvernichtenden Haftungsrisiken verschont zu bleiben.⁸⁷ Schließlich wird man noch zu prüfen haben, ob bei einem Durchgreifen des Vertrauens auch *berechtigte Interessen Dritter* tangiert sind, etwa wenn sie ihren Schadensersatzanspruch trotz der Pflichtverletzung nicht durchsetzen können.⁸⁸ Zudem können *kompetenzrechtliche Fragen* den Vertrauensschutz einschränken – die nationale Rechtsprechung darf wegen Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht die Wirksamkeit europäischer Urteile untergraben.⁸⁹

c) Folgerungen – Beschränkung der Rückwirkung

Im Ergebnis hat also eine Abwägung zwischen dem Bedürfnis nach einer Rechtsprechungsänderung einerseits und dem schutzwürdigen Vertrauen der Parteien an-

dererseits stattzufinden. Die Überzeugungskraft sowie die Dauerhaftigkeit der bisherigen Rechtsprechung, die Autorität des Gerichts und die allgemeine Akzeptanz der bisherigen Rechtsprechung können die Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung erhöhen. Grundsätzlich kann die Änderung einer höchstrichterlichen Rechtsprechung auch zurückwirken.⁹⁰ Ausnahmen können sich jedoch ergeben, wenn von der Rückwirkung betroffene Parteien auf die Weitergeltung der Rechtsprechung vertrauen konnten und die Anwendung der neuen Ansicht auf ihren Fall für sie eine *unzumutbare Härte* bedeuten würde.⁹¹ Allerdings sind auch die Interessen Dritter zu berücksichtigen. Bei besonders gewichtigen Vertrauenstatbeständen kann das Gericht entweder eine Rechtsprechungsänderung als *obiter dictum* ankündigen⁹² oder die Rückwirkung der Urteilkraft beschränken.⁹³

III. Standardsetzung und Inkorporation

1. Standards

a) Begriffsbildung von Standards

Der Begriff „Standards“ ist schillernd,⁹⁴ weil für unterschiedliche Funktionen und Zwecke auch das Verständnis von Standards variiert. So lassen sich in der Realität Formen der Standardisierung beobachten, die zum einen Rahmenbedingungen für Produkte und Verfahren vorgeben, zum anderen (vor dem Hintergrund ausdifferenzierter Märkte) die Kompatibilität von Produkten oder Verfahren gewährleisten und damit unverzichtbare Funktionen für deren Entwicklung und Durchsetzung erfüllen. Hierfür werden in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur bislang die Begriffe regulative und koordinierende Standards verwendet, wobei sich letztere wiederum in konstituierende und kompatibilisierende unterteilen lassen.⁹⁵ Aus der juristischen Perspektive ist der Standardbegriff deutlich weniger präzise umschrieben.⁹⁶

82 Auch die Rechtsprechung hat einen Vertrauensschutz wegen einer bis dato umstrittenen Rechtsfrage abgelehnt. S. etwa BGH v. 21.12.1972, NJW 1973, 364: „seit Jahren in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten“; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, 1976, S. 711 ff.

83 Das gilt in ganz besonderem Maße für Entscheidungen des EuGH, die den unmittelbaren Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit von europäischem Recht begründen, da sich solche Urteile von ihrer Wirkung her kaum noch von legislativen Akten unterscheiden, s. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 35.

84 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 177.

85 In der Literatur wird von Vertrauensinvestitionen und unzumutbarer Härte gesprochen, *Langenbucher*, JZ 2003, 1132, 1138.

86 BGH v. 14.3.1995, NJW 1995, 2631, 2632 – Oberleitung; hier: *Möllers*, VersR 1996, 153, 159; ähnlich *Grundmann*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2007, § 276 Rn. 64.

87 BGH v. 21.1.2002, BGHZ 150, 1, 5; BGH v. 7.4.2003, BGHZ 154, 370 = NJW 2003, 1803, 1804; BGH v. 12.12.2005, NJW 2006, 765, 766.

88 Zutreffend angesprochen bei *Langenbucher*, JZ 2003, 1132, 1139. Der BGH differenziert insoweit zwischen Alt- und Neugesellschaftern, s. gerade Fn. 87.

89 BAG v. 23.3.2006, BB 2006, 1971, 1972 ff.; BAG v. 26.4.2006, BB 2006, 1858; hierzu *Rüthers* (Fn. 13), Rn. 253. Zur umfangreichen Rechtsprechung im Rahmen der §§ 48 f. VwVfG s. BVerfG v. 17.2.2000, NJW 2000, 2015 – Alcan; *Maurer* (Fn. 2), § 11 Rn. 38 a ff.

90 Im Strafrecht besteht dagegen ein Rückwirkungsverbot (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*).

91 BAG v. 23.3.2006, BB 2006, 1971, 1975; s. auch BGH v. 29.2.1996, BGHZ 132, 119.

92 BAG v. 14.12.2005, NZA 2006, 607; hierzu *Rüthers* (Fn. 13), Rn. 251; S. auch *Birk*, JZ 1974, 735, 736 f.; *Bydlinski* (Fn. 28), S. 509 f., *Kramer* (Fn. 34), S. 256.

93 S. Fn. 86 f.

94 *Grace Hopper*, die erste weibliche Konteradmiralin der USA, formulierte einmal „The wonderful thing about standards is that there are so many of them to choose from“, zitiert nach *Tanenbaum*, Computer Networks, 1981, p. 168.

95 *David*, in: Dasgupta/Stoneman, Economic Policy and Technological Performance, 1987, S. 206, 211 ff.; *Lessig*, 14 Berkeley Techn.L.J. 759 – 770 (1999); s. auch *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 – 525.

96 Eine Ausnahme bilden die zahlreichen Beispiele im Medizinrecht, s. *Taupitz*, in diesem Tagungsband, S. 63 – 107.

Insbesondere in Hinblick auf die Qualifizierung von Standards als *soft law* oder Rechtsakt wird zu hinterfragen sein, welche Auswirkungen dies auf den klassischen Rechtsbegriff und somit auf die Rechtsquellenlehre hat.

Als Ausgangspunkt durchaus hilfreich ist die Formulierung von *Windbichler*, Standards als das zu beschreiben, „was regelhaft daherkomme, aber nicht zwingendes Recht ist“.⁹⁷ Positiv gesehen, sind Standards damit Regelwerke, die etwa Produkteigenschaften, aber auch Verhaltenspflichten festlegen. Es handelt sich aber nicht um Gesetze, weil nur diese aufgrund der Autorität des Gesetzgebers unmittelbar mit einer Zwangsandrohung verbunden werden können. *Spindler/Hupka* unterscheiden zwischen normkonkretisierenden und normersetzenden Standards.⁹⁸ Beispiele für solche Standards bilden der DCGK, die CESR-Guidelines, Standards im Medizinrecht und Gesundheitswesen und Produktsicherheit oder, aus historischer Perspektive, etwa der Weltpostvertrag.⁹⁹

b) Kriterien zur Begründung von Standards im Verfahren

In einem zweiten Schritt können nun weitere Kriterien gesammelt werden, die für Standards maßgeblich sind. Genannt werden Transparenz, Publizität, Repräsentanz und Revisibilität.¹⁰⁰

Im Einzelnen bedeutet dies Neutralität und Objektivität der Entscheidungsträger sowie ein hinreichendes Maß an Partizipation der Betroffenen; denn Partizipation hat neben dem Zweck der Transparenz und laufenden Qualitätskontrolle auch die Bedeutung, Legitimation im Sinne des nötigen Legitimationsniveaus zu erhalten¹⁰¹ und Transparenz der Regelsetzungsprozesse zu schaffen.¹⁰² Die Notwendigkeit, bei der Regelung von Sachbereichen einen hohen Aktualitätsgrad zu erreichen, etwa sich stets am aktuellen Stand der Technik auszurichten, ist ein weiterer wesentlicher Grund für den Rückgriff auf einen Standard anstatt einer starren rechtlichen Regelung.

97 *Windbichler*, in diesem Tagungsband, S. 19.

98 *Spindler/Hupka*, in diesem Tagungsband, S. 117, 125.

99 *Vec*, in diesem Tagungsband, S. 225, 227.

100 *Kort*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 946, 959 unter Bezugnahme auf *Bertrams*, Die Haftung des Aufsichtsrats in Zusammenhang mit den Deutschen Corporate Governance Kodex und § 161 AktG, 2004, S. 210 ff.

101 *Schmidt-Aßmann*, Grundpositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 72. Das BVerfG spricht von der Verstärkung des demokratischen Prinzips, BVerfG v. 5.12.2002, BVerfGE 107, S. 59, 92.

102 *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 373 f.; *Augsberg*, (Fn. 8), S. 104 f.

c) Elemente der Bindungswirkung von Standards

aa) Verweisungsnormen und Vermutungstatbestände

Als weiterer Gesichtspunkt ist die Bindungswirkung zur Abgrenzung zu *soft law* von besonderer Relevanz. Es existieren jedoch ganz unterschiedliche Verrechtlichungsgrade von Standards. Hier lässt sich vielleicht eine Differenzierung nach objektiven und subjektiven Kriterien einführen. Schon auf objektiver Ebene sind staatliche Akte sehr unterschiedlich, mit denen der Geltungsbefehl auf privatrechtliche Normen ausgedehnt wird.¹⁰³ Eine abgemilderte Form der Bindungswirkung tritt ein, wenn der Gesetzgeber objektiv nur auf Standards Bezug nimmt, etwa in Form von konkretisierungsbedürftigen *Generalklauseln oder Verweisungen*.¹⁰⁴ Hier gibt es Erfahrungen im Umweltrecht¹⁰⁵, aber auch im Gesellschaftsrecht wurde jüngst ein privates Rechnungslegungsgremium ermächtigt, Grundsätze über die Konzernrechnungslegung zu entwickeln, § 342 Abs. 1 HGB. Bei den Verweisungen normiert der Gesetzgeber regelmäßig, dass zugunsten des Normunterworfenen die *widerlegliche Vermutung* gesetzeskonformen Handelns gilt: Soweit sich der Betroffene an die privaten Regelwerke hält, wird widerlegbar vermutet, dass er rechtmäßig gehandelt hat.¹⁰⁶ Bei den normkonkretisierenden Verweisungen ist anerkannt, dass die privaten Regelwerke den Stand der (Wissenschaft und) Technik mit der widerlegbaren Vermutung der Richtigkeit¹⁰⁷ umschreiben. Vergleichbare Vermutungswirkungen finden sich im europäischen Recht¹⁰⁸ und im internationalen Wirtschaftsrecht.¹⁰⁹ Für diese Vermutung ist umstritten, ob diese Regelungen wirklich eine Beweislastverteilung anordnen oder aber wegen der vorzunehmenden Wertungen eher eine partielle materielle Bindungswirkung normieren.¹¹⁰

bb) Akzeptanz der Betroffenen

Die Einordnung von Standards als unverbindliches *soft law* scheint dann plausibel zu sein, wenn der Gesetzgeber auf privat gesetzte Standards *nicht* ausdrücklich mittels Verweisungsnorm oder unbestimmtem Rechtsbegriff Bezug nimmt. In diesem

103 BVerfG v. 24.5.1977, BVerfGE 44, 322, 345, 349 – TVG.

104 *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 17 Rn. 89.

105 Z.B. § 7 BImSchG, § 30 Abs. 4 GenTG, § 19 Abs. 4 ChemG.

106 S. etwa § 342 Abs. 2 HGB (hierzu *Borges*, ZGR 2003, 508, 519) und § 16 Abs. 1 TPG.

107 *Marburger*, in: FS Feldhaus, S. 395 ff.; *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 17 Rn. 89.

108 S. Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und Normung v. 7.5.1985, ABl. 1985, Nr. C 136, S. 2 f. Hierzu *Marburger*, in: FS Feldhaus, S. 387, 392.

109 Für das WTO-Recht s. Art. 2.5. S. 2 Technical Barriers to Trade (TBT)-Übereinkommen, ABl. 1994, Nr. L 336, S. 86.

110 *Ruffert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 17 Rn. 65. Für § 342 Abs. 2 HGB s. *Augsberg* (Fn. 8), S. 192 ff.

Zusammenhang wird nach Kategorien zu suchen sein, die jenseits staatlicher Durchsetzung und Freiwilligkeit die Verbindlichkeit von Standards begründen. Zu entwickeln sind die verschiedenen Feinabstufungen jenseits der klassischen Bindungswirkung traditioneller Rechtsakte, die auf subjektiver Seite eine Bindungswirkung herbeiführen können. Dazu gehört etwa das hohe Maß an *faktischer Bindungswirkung* von privaten Standards gegenüber den Marktteilnehmern und der Verwaltung. *Köndgen* nennt hierfür „Inklusionsnormen“, also Öffnungsklauseln, wie Verweisungsnormen, Generalklauseln, aber auch jede staatlich initiierte Selbstregulierung.¹¹¹ Subjektiv kann man folglich von einer Bindungswirkung dann sprechen, wenn der Gesetzgeber schweigt, sich die Beteiligten Kreise aber *faktisch* die Vorgaben der Standards einhalten.¹¹² Damit kann der Sachverstand des regelbildenden Komitees, auf den der Staat sowohl in Hinblick auf Verfügungswissen wie das Orientierungswissen zunehmend angewiesen ist, ein weiteres begründendes Element für Standards sein.¹¹³

2. Folgerungen

a) Befolgungspflichten: Vermutungswirkung und Vertrauensschutz

Im Einzelnen wird man auf die obigen Überlegungen zur Indiz- und Vermutungswirkung von Richterrecht aufbauen können. Damit können die Grundsätze, die oben zur Rechtsprechung entwickelt wurden, in modifizierter Form auch auf Verwaltungsvorschriften und private Standardsetzung übertragen werden. Standards sind damit in erster Linie Auslegungshilfe. Weil Private und nicht der Gesetzgeber Normen erlassen, gelten aber erhöhte Anforderungen an das Verfahren – man spricht von Qualitätssicherung mittels prozeduraler Richtigkeitsgewähr.¹¹⁴ Auch hier kann man versuchen, die Methodik des Beweglichen System im Sinne eines „je mehr ... desto“ fruchtbar zu machen. Das bedeutet, dass auf einer Skala von links nach rechts Standards in der Form von Verwaltungsvorschriften oder privater Normsetzung einerseits in Extremfällen wie Rechtsnormen nahezu normgleiche Bindungswirkung erzeugen, andererseits aber auch keinerlei (faktische) Bindungswirkung gegenüber Dritten entfalten können. Gedacht sei etwa an rein intern wirkende Verwaltungsvorschriften. Im Regelfall existiert aber der mittlere Bereich mit Vermutungswirkung und der Möglichkeit des Vertrauensschutzes. Neben den obigen Elementen wird

man die *Art und Weise der Inkorporation* für den Umfang der Vermutungswirkung mit zu berücksichtigen haben.

Grundsätzlich besteht nach Ansicht der Literatur für den Bürger kein Vertrauensschutz.¹¹⁵ Hier wird die Gegenposition vorgetragen: Überträgt man die Elemente, die für den Vertrauensschutz in der Rechtsprechung gelten, so wird stattdessen man weiter differenzieren können: demokratisches Verfahren, Akzeptanz, mögliche Schadensersatzansprüche des Betroffenen, aber auch solcher Dritter sind in die Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Vertrauensschutz mit einzubeziehen. Zu nennen ist auch die Akzeptanz der privaten Regeln.¹¹⁶ Auch die Art und Weise der Inkorporation wird auf die Berechtigung des Vertrauens einwirken. Wiederum ist zu prüfen, ob sich der Unterworfenen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sieht oder umgekehrt Dritte wegen einer beschränkten Rückwirkung Schadensersatzansprüche nicht geltend machen können.¹¹⁷ Schließlich sind kompetenzrechtliche Regeln zu berücksichtigen, wonach auf europäischer Ebene die Widerlegbarkeit eingeschränkt ist.¹¹⁸

b) Befassungspflicht

Nach der herrschenden Meinung sind Verwaltungsvorschriften keine Außenrechtsnormen. Sie schaffen kein objektives Recht und sind für den Einzelnen nicht verbindlich. Sie sind nicht Maßstab, sondern Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle.¹¹⁹ Wie oben festgestellt, gibt die h.M. dem Bürger bei norminterpretierenden Vorschriften in der Regel zu wenig Vertrauensschutz, weil sie jede Rechtswirkung für den Bürger ablehnt; die Gegenmeinung, die von Rechtsnormen spricht, gibt dem Bürger oft aber zu viel, weil dann Gerichte gezwungen werden, die Rechtswidrigkeit der Verwaltungsvorschrift positiv festzustellen. Bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften besteht zudem ein Standardisierungsermessen zugunsten der Verwaltung.¹²⁰

111 *Köndgen*, AcP 205 (2005), 477, 519 f. aufbauend auf *Schanze*, International Standards: Functions and Links to Law, in: P. Nobel (ed.), International Standards and the Law, 2005, 83 ff. und *Teubner*, ZaöRV 63 (2003), 1, 20.

112 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 19 Rn. 63.

113 *Voßkuhle*, in: Schuppert/Voßkuhle, Governance von und durch Wissen, 2008, S. 13, 20 f.

114 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 5. Aufl. 2008; *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 19 Rn. 67 ff.; *Appel*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 32; *Köndgen*, AcP 205 (2005), 477, 522.

115 *Maurer* (Fn. 2), § 24 Rn. 24. A.A. den Vertrauensschutz bejahend dagegen *Klein*, in: FG Forsthoff, 1967, S. 163, 179 ff.; *Stern*, JZ 1960, 557, 559; BVerwG v. 17.4.1970, BVerwGE 35, 159, 161.

116 So *Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, S. 96 für die Frage, ob private Regeln anerkannte Regeln der Technik darstellen können.

117 Das gilt vor allem für deliktsrechtliche Ansprüche. Während hier eine Abwägung favorisiert wird, möchte *Wagner* (Fn. 17), § 823 Rn. 270, 487 stattdessen die deliktsrechtlichen Ansprüche generell durchgreifen lassen.

118 *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Fn. 18), § 19 Rn. 65.

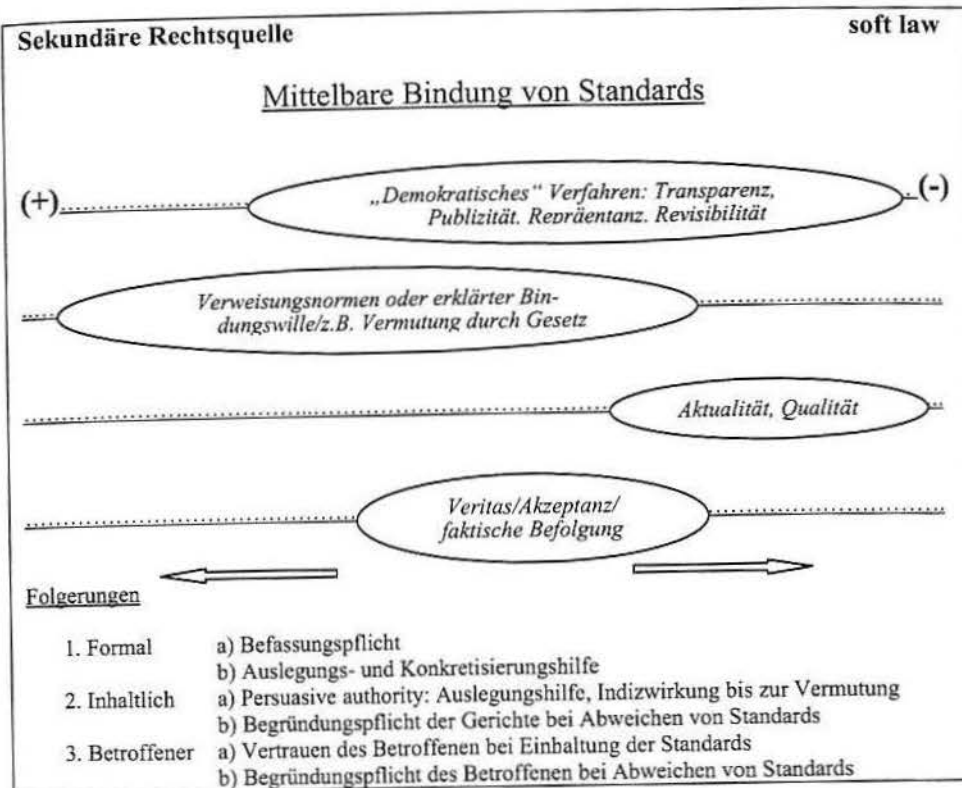
119 *Maurer* (Fn. 2), § 24 Rn. 16 ff.

120 S. oben I.2.b).

Wie lassen sich Standards von Gesetzesrecht und soft law abgrenzen? Gegenüber Gesetzesrecht bestehen drei wesentliche Unterschiede. Erstens werden Standards regelmäßig nicht von dem Gesetzgeber erlassen, sondern durch Private oder die Verwaltung. Es fehlt damit regelmäßig das Parlament als verfassungsmäßig vorgesehener Urheber des Regelwerkes. Ausnahmsweise können aber Standards privater Normsetzungsgremien durch den Gesetzgeber „verrechtlicht“ werden. Das gilt etwa für die International Financial Reporting Standards (IFRS), die regelmäßig in europäische Richtlinien umgesetzt werden.¹²¹

Sie werden so zu primären Rechtsquellen.¹²² Zweitens sind Verhaltensstandards oft nicht auf Kontinuität angelegt, sondern wollen möglichst flexibel jeweils den aktuellen Stand (der Wissenschaft oder Technik) abbilden. Sie sind damit grundsätzlich untauglich, um für die Rechtsfiguren „Gewohnheitsrecht“ oder als „Handelsbrauch“ herangezogen zu werden. Denn für das Gewohnheitsrecht¹²³, aber auch für den Handelsbrauch¹²⁴ sind jeweils eine lang andauernde tatsächliche Übung (*longa inveterata consuetudo*) erforderlich. Mangels fehlender Autorität eines Gesetzgebers können private Standards als Regelwerke drittens nur bedingt binden und damit im besten Falle nur eine Indizwirkung für das gewünschte Handeln oder das zutreffende Maß haben.

Mit den obigen Ausführungen kann auch eine Abgrenzung zum soft law versucht werden: Von *soft law* spricht man, wenn es an staatlicher Durchsetzung mangelt.¹²⁵ Darüber hinaus sollte man *soft law* auf eine rein faktische Bindungswirkung beschränken, ohne dass es Befassungspflichten und eine Vermutungswirkung für das Regelwerk gibt. Das können etwa rein interne Regelwerke sein oder auch nur Anreizsysteme, wie etwa Benchmarks, oder reine Gepflogenheiten.¹²⁶ Standards sind regelmäßig mehr als unverbindliches Recht, weil der Rechtsanwender sich grundsätzlich mit diesen Regelwerken befassen muss und Standards eine Indizwirkung ausstrahlen und Vermutungstatbestände schaffen. Ein Bewegliches System lässt sich wie folgt visualisieren:



Im Folgenden sollen diese Überlegungen auf Einzelfälle im Bereich des Kapitalmarktrechts, des Corporate Governance und des Medizin- und Gesundheitswesens angewendet werden.

3. Einzelfälle bei der Standardsetzung durch die Verwaltung und Private

a) Deutsche und europäische Regelwerke des Kapitalmarktrechts

aa) Vermutungswirkung und Vertrauensschutz

Die oft als „soft law“ eingeordneten Verlautbarungen der BaFin, wie etwa der Emittentenleitfaden, sind weder Gewohnheitsrecht noch Handelsbrauch.¹²⁷ Das gilt eben-

121 Zum Endorsement-Verfahren der EU s. Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 33. Aufl. 2008, Einl. v. § 238 Rn. 150 ff.

122 Ein weiteres Beispiel bildet das Vorstandvergütungs-Offenlegungsgesetz (v. 3.8.2005, BGBl. I S. 2265), nachdem die Mehrzahl der DAX-Unternehmen einer solchen Offenlegung ausgewichen war.

123 S. oben Fn. 28.

124 Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 22 Rn. 6. Überdies wird dem Handelsbrauch der Rechtsquellencharakter abgesprochen, s. BGH v. 29.11.1961, JZ 1963, 167, 169; K. Schmidt, Handelsrecht, 1999, 23; Canaris, a.a.O., § 22 Rn. 11.

125 So etwa Spindler/Hupka, in diesem Tagungsband, S. 117, 118 und Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 945, 951 spricht von „unverbindlichen Verhaltensmustern“.

126 S. die Nachweise bei Windbichler, in diesem Tagungsband, S. 19, 25 ff.

127 Spindler/Hupka, S. 117, 128 (in diesem Tagungsband).

so für die Recommendations des CESR.¹²⁸ Gegen eine Bindungswirkung ließe sich anführen, der Gesetzgeber habe auf eine Verweisungsnorm und eine gesetzlich angeordnete Vermutungswirkung, wie sie mit § 342 Abs. 2 HGB oder im Produktsicherheitsrecht bekannt ist, bewusst verzichtet.¹²⁹

Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine solche gesetzliche Anordnung nicht konstitutiv zur Einordnung dieser Standards als sekundäre Rechtsquelle. Sie mindern nur den Umfang der Bindungswirkung der Regeln. In einem zweiten Schritt sind die obigen Kriterien bei der Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Vertrauensschutz zu berücksichtigen. Denn das Vertrauen in die Verwaltung als Teil des Staates kann nicht von vornherein für rechtlich irrelevant erklärt werden. Auch die Formulierung, dass kein Vertrauensschutz gewährt werden kann, weil es keine Gleichheit im Unrecht gibt,¹³⁰ ist in der Form schief. Gerade umgekehrt gilt, dass sich im Einzelfall das Vertrauen gegenüber dem materiellen Recht durchsetzen kann. Und schließlich kann es nicht darauf ankommen, dass schon eine Reihe von Entscheidungen getroffen wurden, bevor Verwaltungsvorschriften eine Bindung über den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG erzeugen.¹³¹ Wie beim Richterrecht kann schon eine einzige Entscheidung gegebenenfalls einen Vertrauensschutz rechtfertigen. Ein fehlender Vertrauensschutz würde vor allem überraschen, wenn sich die Behörde, wie etwa bei den zahlreichen Kundgaben der BaFin, gerade an das Anlegerpublikum richtet und die Verwaltungsvorschriften in einem gesetzesähnlichen Verfahren mit Anhörung der beteiligten Kreise erlassen werden. Der Gedanke des *widersprüchlichen Verhaltens* drängt sich auf, wenn die Verwaltung „Gesetzes-treue“ einfordert, ex post die Rechtsprechung dann aber den betroffenen Kreisen rechtswidriges Handeln vorwirft. Im Einzelnen kann dies etwa bedeuten, dass man sich im Einzelfall auch auf die Äußerungen der Behörde verlassen darf und insoweit kein fahrlässiger Rechtsirrtum besteht, auch wenn das Gericht später eine gegenteilige Rechtsansicht vertritt.¹³² Im Ergebnis wird man die *Standards der BaFin* als Auslegungshilfe heranziehen können. Eine Vermutungswirkung für die inhaltliche Richtigkeit der Standards lässt sich vor allen auch dann begründen, wenn Verfahren, Akzeptanz und Überzeugungskraft dafür streiten.

128 Spindler/Hupka, S. 117, 132 f. (in diesem Tagungsband).

129 So Spindler/Hupka, S. 117, 135 (in diesem Tagungsband).

130 BVerwG v. 26.2.1993, BVerwGE 92, 153, 157; s. auch BVerwG v. 26.11.1970, BVerwGE 36, 313, 316 f.; BVerwG v. 19.6.1974, BVerwGE 45, 197; Stober/Köuth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, Rn. 26; Maurer (Fn. 2), § 24 Rn. 30.

131 So aber die h.M., s. BVerwG v. 28.5.1958, BVerwGE 8, 4, 10; BVerwG v. 8.4.1997, BVerwGE 104, 220, 223; BVerwG v. 24.3.1977, BVerwGE 52, 193, 199 f.; Maurer (Fn. 2), § 24 Rn. 21 ff. A.A. Ossenbühl (HStR III, 1988, § 65 Rn. 49), der zu Recht kritisiert, dass der Gedanke einer fiktiven „antizipierten Verwaltungspraxis“ das gesamte System der Selbstbindung kraft Gleichbehandlung sprengt.

132 So etwa Optiz, in: Schäfer/Hamann, Kapitalmarktgesetze, 2. Aufl., § 28 Rn. 9a; Segna, AG 2008, 311, 315; Spindler/Hupka, in diesem Tagungsband, S. 117, 138 gegen LG Köln v. 23.11.2007, AG 2008, 327, 336.

Ein zweites Beispiel für Standards im Kapitalmarktrecht bilden die IDW S4 der Wirtschaftsprüfer für die Prospekterstellung. Eine Rechtsnormqualität kann der IDW S4 nicht beanspruchen.¹³³ Das IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) hat keine originäre Rechtssetzungsbefugnis, da es sich um ein Privatrechtssubjekt handelt. Aufgrund fehlender staatlicher Anerkennung steht ihnen auch keine abgeleitete Rechtssetzungskompetenz zu.¹³⁴ Da jedoch die Mitglieder des IDW gebunden sind¹³⁵, handelt es sich nach herrschender Ansicht um „verbandsinterne Regeln ohne rechtliche Verbindlichkeit im Außenverhältnis“. ¹³⁶ Grundsätzlich werden die IDW S4 also auf rein freiwilliger Basis beachtet, eine gesetzliche Pflicht besteht nicht. Seriöse Anbieter halten sich jedoch üblicherweise daran, da ansonsten eine besonders sorgfältige Prüfung durch Anbieter und Vermittler erfolgen wird.¹³⁷ Für die seriösen Anbieter hat sich damit durch die gesetzliche Prospektspflicht nicht sehr viel geändert, da sie schon vor der gesetzlichen Prospektspflicht Prospekte verwendeten¹³⁸ und sich hierfür an der vorherigen Fassung des IDW S4 orientierten, womit diese damals schon weitgehend konform mit den jetzigen Gesetzesbestimmungen gingen.¹³⁹ Was Gerichte angeht, so binden die IDW-Verlautbarungen sie nicht, sondern stellen höchstens eine bedeutende Entscheidungshilfe dar („persuasive, but not conclusive evidence“).¹⁴⁰ Dies entspricht der oben genannten subsidiären Befolgungspflicht.¹⁴¹ Der Prospektherausgeber, der die Empfehlungen des IDW S4 nicht berücksichtigt, dürfte stets schuldhaft handeln.¹⁴²

Noch wenig gesichert ist drittens die Vermutungs- und Vertrauenswirkung der Guidelines der CESR. Anknüpfen kann man damit an Überlegungen, die sich etwa im englischen Kapitalmarktrecht finden. Danach erzeugen die „Guidance“ der Financial Services Authority (FSA), der englischen Aufsichtsbehörde im Kapitalmarktrecht, *Vertrauen gegenüber der Behörde*.¹⁴³ Dieses Vertrauen setzt sich aber

133 Gehring, WPg 2003, 849, 852; Hommelhoff/Mattheus, in: FS Röhrich, 2005, S. 911; Mertin/Schmidt, WPg 2001, 317, 324; Niemann, DStR 2003, 1454, 1455; Ebke, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2008, § 323 Rn. 32; a.A. Scherrer, DB 1977, 1325, 1327; Löw, AG 1987, 158, 159.

134 Ebke, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2008, § 323 Rn. 32.

135 § 4 Abs. 9 S. 2 IDW-Satzung.

136 Ebke, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2008, § 323 Rn. 32.

137 Bartlsperger et al., Geschlossene Immobilienfonds, 2007, S. 173 f.

138 Manzei, WM 2006, 845; vgl. Weber, NJW 2004, 3674, 3677; Fleischer, BKR 2004, 339, 341 f.

139 Manzei, WM 2006, 845.

140 Ebke, in: MünchKommHGB, 2. Aufl. 2008, § 323 Rn. 32.

141 S. oben II.2.a).

142 Gummert, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2004, § 69 Rn. 62.

143 FSA, The FSA's Approach to Giving Guidance and Waivers to Firms, Policy Statement, September 1999: "if a firm acts in accordance with general guidance in the circumstances contemplated by that guidance, then the FSA will proceed on the footing that it has complied with the aspect of the rule to which the guidance refers." Falls dennoch die FSA disziplinarisch gegen ein Unternehmen vorgeht, würde die FSA wohl gegen den Grundsatz *legitimate expectation* verstoßen, Threipland, in: Blair (ed.), Blackstone's Guide to the Financial Services and Market Act, 2000, S. 140; Schädle (Fn. 3), S. 77.

nicht in einem privatrechtlichen Rechtsstreit durch.¹⁴⁴ Auf europäischer Ebene hat auch das CESR für die Guidelines diese *safe harbour rule* wiederholt.¹⁴⁵ Ungeklärt ist, ob die Standards der CESR auch die Pflichtenstellung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG beeinflussen.¹⁴⁶

bb) Befassungspflicht

Damit besteht aber auch eine Befassungspflicht für Gerichte: Wenn der Gesellschaftsrechtssenat den Emittentenleitfaden der BaFin ignoriert und jede inhaltliche Auseinandersetzung ablehnt,¹⁴⁷ verstößt er gegen die statuierte Befassungspflicht. Umgekehrt können Gerichte die Verbindlichkeit einer Verwaltungsvorschrift ablehnen, wenn sie davon ausgehen dürfen, dass der Gesetzgeber eine inhaltliche Regelung durch die Verwaltung nicht wollte und es so an der Ermächtigungsgrundlage fehlt.¹⁴⁸ Die Gerichte selbst sind sehr zurückhaltend bei der Einordnung der Rechtsqualität des IDW S 4 – selten wird er in Prospekthaftungsfällen bei geschlossenen Fonds überhaupt nur im Urteil erwähnt.¹⁴⁹ Auch hier bedarf es eines Wandels zur bisherigen restriktiven Praxis.

b) Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)

aa) Vermutungswirkung

Unzweifelhaft handelt es sich auch beim DCGK nicht um Gewohnheitsrecht¹⁵⁰ oder einen Handelsbrauch¹⁵¹, denn es fehlt üblicherweise an einer langandauernden Übung und zum Teil auch an der Überzeugung, dass es sich um verbindliches Recht handelt. Die h.M. lehnt Rechtspflichten für den DCGK ab.¹⁵² Kort vergleicht den

DCGK mit § 342 HGB und betont, im Vergleich zu § 342 HGB die geringere Legitimation des DCGK, weil der Gesetzgeber keinerlei Vermutungswirkung mit dem DCGK verknüpft habe.¹⁵³ Auch Köndgen spricht nur von einer Rechtssetzung *in the shadow of the law*.¹⁵⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht bestünden mit der Einsetzung der DCGK-Kommission durch den Gesetzgeber und die Generalklauseln der §§ 93, 116 AktG¹⁵⁵ eine ausreichende Inkorporation bzw. solche Inklusionsnormen, um den DCGK zu einer sekundären Rechtsquelle aufzuwerten. In der Literatur sind eine solche Vermutungswirkung und ein Vertrauensschutz heftig umstritten.¹⁵⁶ Statt eines „Alles oder Nichts“ liegt die Wahrheit wohl in der Mitte: Dies führt zwar mitnichten zu einer Außenwirkung oder zwingt die Rechtsprechung zur blinden Übernahme dieser DCGK-Standards. Aber es sind dann wieder die oben ausgeführten Grundsätze der Vermutungswirkung und des Vertrauensschutzes zu prüfen und damit Elemente eines Beweglichen Systems miteinander in Verhältnis zu setzen. Für Vermutungswirkung und Vertrauensschutz spräche etwa die Akzeptanz einer bestimmten Regelung in den beteiligten Kreisen. Jeweils wäre auch zu unterscheiden, ob die Regelung etwa gegenüber der BaFin als Aufsichtsbehörde¹⁵⁷ oder gegenüber Dritten Vermutungswirkung zeitigt.¹⁵⁸ Im Einzelnen könnte der DCGK damit als Auslegungshilfe zur Konkretisierung der Pflichtenstellung von Vorstand und Aufsichtsrat herangezogen werden.¹⁵⁹ Auch eine *safe harbour rule* ließe sich begründen.¹⁶⁰

bb) Befassungspflicht

Erst in jüngerer Zeit setzt sich die Rechtsprechung inhaltlich mit dem DCGK auseinander.¹⁶¹ Zu Recht wird der unsichere Umgang mit dem DCGK kritisiert, etwa

153 Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 946, 954.

154 Köndgen, AcP 205 (2005), 477, 496. Er beruft sich hier auf *Mnookin/Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law, The Case of Divorce*, 88 Yale L.J. 950, 968 (1979).

155 Der DCGK soll den gesetzlichen Pflichtenmaßstab beeinflussen können, s. Lutter, ZHR 166 (2002), 523, 540; Ulmer, ZHR 166 (2002), 150, 166 f.; Schüppen, ZIP 2002, 1269, 1271; Borges, ZGR 2003, 508, 519, 524; Wymeersch, Enforcement of Corporate Governance Codes, ECGI – Law Working Paper No. 46/2005, 1, 7 ff., abrufbar unter: <http://ssrn.com/abstract=759364>; Kort, 5 ECFR 379, 417 (2008). A.A. Ettinger/Grützediek, AG 2003, 333, 355; Hüfner (Fn. 7), § 161 Rn. 27; Bachmann, WM 2002, 2137, 2138.

156 Bejahend Seibt, AG 2002, 249, 251; Schüppen, ZIP 2002, 1269, 1271. Verneinend dagegen Ettinger/Grützediek, AG 2003, 353, 355; Hüfner (Fn. 7), § 161 Rn. 27.

157 Solche Transparenzvorschriften finden sich etwa in Nr. 6 und 7 des DCGK (Fn. 7).

158 Ein weiteres Beispiel bilden etwa die Freiverkehrsregeln der Börse; die Rechtsprechung hat auch hier einen Vertrauensschutz zugunsten des Betroffenen bejaht, s. OLG Frankfurt v. 23.4.2002, WM 2002, 924, 928 – Penny Stock.

159 Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 945, 959 f.

160 Windbichler, in diesem Tagungsband, S. 19, 32, 33.

161 LG München I v. 22.11.2007, WM 2008, 130; OLG Düsseldorf v. 14.12.2006, NZG 2007, 235, 236; OLG Frankfurt v. 17.7.2007, WM 2007, 1704, 1706; OLG München v. 23.01.2008, WM 2008, 645, 648; OLG Schleswig v. 19.09.2002, AG 2003, 102 – Mobilcom;

144 Zur Rechtsgrundlage nach sec. 157 (1) Financial Services and Markets Act - FSMA und der Bindungswirkung s. Threipland, in: Blair (Fn. 99), S. 140; Möllers, ZEuP 2008, 480, 492.

145 S. oben Fn. 120.

146 Verneinend Spindler/Hupka, in diesem Tagungsband, S. 117, 140.

147 S. oben Fn. 1.

148 Dies war etwa Inhalt der Entscheidung des Bankensenats zur Richtlinie zu § 35 WpHG, s. oben Fn. 4. Hierzu Möllers/Ganten, ZGR 1998, 773, 803; Möllers, in: KK-WpHG, 2007, § 34 Rn. 46.

149 Nur am Rande etwa bei BGH v. 14.6.2007, NZG 2007, 663, 665. S. aber OLG München v. 22.5.2007, BeckRS 2008 09175, abgerufen von beck-online: „[...] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den IDW S 4 (Grundsätze ordnungsgemäßer Beurteilung von Verkaufsprospekten über öffentlich angebotene Vermögensanlagen), so dass die Frage, ob die vom Institut für Wirtschaftsprüfer herausgegebenen Grundsätze für Prospektprüfer als allgemein verbindlich (also auch für Prospektherausgeber) angesehen werden können, keiner weiteren Erörterung bedarf.“

150 Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 946, 952.

151 Hanfland, Haftungsrisiken in Zusammenhang mit § 161 AktG und dem Deutschen Corporate Governance Kode, 2007, S. 73 f. m.w.Nachw.; Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 945, 955.

152 S. oben Fn. 8.

wenn unklar bleibt, ob der DCGK zur Auslegung von Rechtsnormen herangezogen werden kann.¹⁶² Deutlich klarer ziehen der BGH und das OLG Schleswig dagegen den DCGK zur Auslegung von Rechtsnormen heran.¹⁶³

c) Bindungswirkung von Standards im Gesundheitswesen

aa) Vermutungswirkung und Vertrauensschutz

Die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt nach § 276 Abs. 2 BGB bedarf einer Konkretisierung. Der Standard ist der entscheidende Anknüpfungspunkt für eine zivilrechtliche Haftung wie auch strafrechtliche Verantwortung.¹⁶⁴ Die konkret zu erbringende Leistung oder das nötige Maß an Aufmerksamkeit wird am Standard gemessen. Standards stellen Maßstäbe dar, die zum einen ein erreichtes und als verbindlich gesehenes Qualitäts- oder Leistungsniveau bezeichnen, andererseits einen durchschnittlichen Verhaltens- oder Handlungsusus bezeichnen. Dieser ist ein im wesentlichen einheitlicher oder vereinheitlichter, weithin anerkannter und in der Regel auch angewandter Maßstab, der nach dem jeweiligen Stand von Wissenschaft und Praxis an Kenntnissen, Wissen, Können und Aufmerksamkeit zu erbringen ist und welcher sich gegenüber anderen Arten und Weisen zu handeln durchgesetzt hat.¹⁶⁵ Der Standard enthält ein normativ wertendes Element im Sinne eines anerkannt Richtigen, als notwendig erachtetem Normalverhalten. Um der Gefahr zu begegnen, einen gegenwärtigen Leistungsstand festzuschreiben und um Innovation Raum zu geben, sind Standards bewegliche Maßstäbe, die immer erneut realisiert und konkretisiert werden müssen. Der Standard ist somit kein fertiger Begriff der Rechtsanwendung, er ist keine feste unumstößliche Größe, sondern ständiger Veränderung unterworfen. Nur so ist es möglich, dem Fortschritt gerecht zu werden.¹⁶⁶ Taupitz betont aber zu recht, dass der Standard nur Orientierungshilfe sein kann, also der Arzt von dem Standard abweichend darf und muss, um die richtige Therapie im Einzelfall beim Patienten vorzunehmen.¹⁶⁷ Will der Arzt vom medizinischen

Standard *abweichen*, ist er begründungsbedürftig, dokumentationspflichtig und gegenüber dem Patienten aufklärungspflichtig.¹⁶⁸

Im Weiteren differenziert Taupitz zwischen Standards, bei denen der Gesetzgeber eine Vermutungswirkung begründet, hier nennt er § 16 Abs. 1 S. 1, § 16b TPG und § 12a Abs. 1 TFG als Beispiele für eine normkonkretisierende Verweisung.¹⁶⁹ Daneben thematisiert er die ärztlichen Leitlinien und Richtlinien. Ihnen kommt nach Taupitz allerdings nur dann eine Indizwirkung zu, wenn sie einen intendierten Standardbezug, Aktualität und Qualität aufweisen.¹⁷⁰ Wiederum kann im Einzelfall ein Abweichen von den Leitlinien erforderlich sein. In concreto sei eine pauschale Gleichsetzung von Leitlinie und Standard abzulehnen, weil etwa die Leitlinie den Standard nicht richtig wiedergibt oder sie für den Einzelfall nicht passt.¹⁷¹ Diese Überlegungen erscheinen äußerst hilfreich, um sie gegebenenfalls auf die andere Rechtsgebiete übertragen zu können. Taupitz formuliert zur ärztlichen Leitlinie: „Je vollständiger sie den Konsens der jeweiligen Fachkreise wiedergibt und je mehr sie harmonisierten Verfahrens-, Form- und Qualitätsanforderungen genügt, desto stärker ist die Indizwirkung, dass es sich hierbei um eine Wiedergabe des aktuellen medizinischen Standards handelt.“¹⁷² Diese Umschreibung ist aber nicht anderes, als das oben aufgezeigte Bewegliche System mit seinen komparativen Sätzen.¹⁷³

bb) Befassungspflicht

Anders als im Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht gehört es zur täglichen Praxis des Richters, sich mit den Standards der Ärzte auseinanderzusetzen. Der medizinische Standard wird vom Recht weitgehend als rechtlich erheblicher Standard akzeptiert und vom Sachverständigen im Prozess eingebracht.¹⁷⁴ Umstritten ist allerdings, ob Zivilgerichte befugt sind, Leitlinien von Amts wegen in den Arzthaftungsprozess einzuführen, gerade wenn deren Aktualität nicht sichergestellt ist.¹⁷⁵ Aus diesem Grunde hat sich die Rechtsprechung bislang auch nicht an Leitlinien orientiert. Generell ist ihr Wert für den medizinischen Standard noch Gegenstand einer andauernden Kontroverse.¹⁷⁶

BGH v. 16.2.2004, BGHZ 158, 122, 127 - Aktienoptionsprogramme zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern.

162 OLG München v. 23.01.2008, WM 2008, 645, 648; Kort, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 945, 953 spricht von „bedenklichen Zungenschlag“.

163 OLG Schleswig v. 19.09.2002, AG 2003, 102 – Mobilcom; BGH v. 16.2.2004, BGHZ 158, 122, 127 - Aktienoptionsprogramme zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern.

164 Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 278.

165 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 64.

166 Die Dynamik des Standards findet ihren Ausdruck darin, dass nach heutigen Schätzungen die Hälfte des Wissens der Medizin innerhalb eines Zeitraums von sieben bis zehn Jahren, nach anderen Angaben sogar innerhalb von fünf Jahren obsolet und veraltet ist, s. Kifmann/Rosenau, in: Möllers, Standardisierung durch Markt und Recht, 2008, S. 49, 64 f.

167 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 73. A.A. die bei Taupitz in Fn. 24 genannten Autoren.

168 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 73.

169 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 78.

170 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 89.

171 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 98.

172 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 93.

173 S. oben II.1.

174 Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 68.

175 Bejahend Ziegler, VersR 2003, 545, 547; verneinend Taupitz, in diesem Tagungsband, S. 63, 100.

176 Kifmann/Rosenau, in: Möllers, Standardisierung durch Markt und Recht, 2008, S. 49, 55.

d) Produktentwicklung und Produktsicherheit

Im Produktsicherheitsrecht ist die normkonkretisierende Verweisung eine bekannte Größe.¹⁷⁷

Unsicherheiten bestehen noch für das Verhältnis von öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Pflichten. In Rechtsprechung und Literatur ist seit Jahrzehnten anerkannt, dass öffentlich-rechtliche Standards nicht blind und abschließend für das Deliktsrecht übernommen werden dürfen, weil insoweit ein höherer zivilrechtlicher Standard gilt; das Zivilrecht übernimmt die Steuerung für den Einzelfall. Wer sich an öffentlich-rechtlichen Normen orientiert, handelt nicht zwingend rechtmäßig¹⁷⁸; es bestehe keine Vermutungswirkung für diese¹⁷⁹; auch die Genehmigung durch eine Behörde lasse den Verschuldensvorwurf bestehen.¹⁸⁰

Zum Schutz der Rechtsgüter ist die gegenüber dem Öffentlichen Recht höhere Pflichtenstellung zivilrechtlicher Verkehrspflichten in einem ersten Schritt ohne weiteres nachvollziehbar und wohl auch verfassungsrechtlich geboten.¹⁸¹ Gleichwohl wird man in einem zweiten Schritt die obigen Kriterien bei der Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Vertrauensschutz zu berücksichtigen haben. Denn das Vertrauen in die Verwaltung als Teil des Staates kann nicht von vornherein für rechtlich irrelevant erklärt werden.

IV. Zusammenfassung

1. Die Dichotomie der bisherigen Rechtsquellenlehre geht davon aus, dass es nur Rechtsquellen gibt, die rechtsverbindlich gelten, sowie einfache Rechtserkenntnisquellen, die bestenfalls eine faktische Bindungswirkung erzeugen. Diese Zweiteilung ist um eine dritte Kategorie, die sekundären Rechtsquellen, zu erweitern. Zu diesen sekundären Rechtsquellen können die Rechtsprechung, Verwaltungsvorschriften, aber auch Standards als Formen privater Normsetzung gehören. Mit der Strukturierung sekundärer Rechtsquellen bewegt man sich für das Richterrecht auf weitgehend bekanntem Boden. Für den Bereich der Verwaltungsvorschriften ist es nun möglich, von dem Grundsatz der generellen Unverbindlichkeit solcher Vorschriften abzurücken und stärker zwischen primären und sekundären Rechtsquellen und unverbindlichem *soft law* zu unterscheiden. Für die Normsetzung Privater wird vollständiges Neuland im Bereich Kapitalmarktrecht und Corporate Governance betreten. Im Bereich des Gesundheitswesens und der Produktsicherheit bewegt man sich dagegen auf bekanntem Boden.

2. Die sekundären Rechtsquellen zeichnen sich positiv gegenüber unverbindlichem *soft law* dadurch aus, dass sie Rechtswirkungen erzeugen. Standards wären dann nicht etwa immer nur unverbindliches *soft law*, sondern sie würden Gerichte auch dazu verpflichten, sich mit dem Standards befassen zu müssen... Im Einzelnen müssen sich die einschlägigen Instanzen, wie etwa die Rechtsprechung, mit den sekundären Rechtsquellen befassen (sog. **Befassungspflicht**). In bestimmten Umfang bestünde eine Richtigkeitsvermutung für Standards mit der Folge, dass Gerichte den Standards zu folgen hätten, soweit keine besseren Argumente den Standards entgegenstünden (sog. **subsidiäre Befolgungspflicht**). Zudem bestünde für den Bürger, wenn er Standards befolgt würde, ein gewisses Maß an **Vertrauensschutz**, die ihm gegebenenfalls vor Ansprüchen des Staates oder Dritter schützen würde.

3. Sekundäre Rechtsquellen zeichnen sich negativ dadurch aus, dass sie nicht gegenüber jedermann gelten müssen. Zudem binden sie Gerichte weniger stark als Gesetze oder Rechtsverordnungen, weil das Gericht nicht die Rechtswidrigkeit nachweisen muss, um von der sekundären Rechtsquelle abzuweichen.

4. Mit einem Beweglichen System aus verschiedenen Kriterien lässt sich die Stärke von Vermutungswirkung und Vertrauenstatbestand abwägen und argumentativ absichern. Dazu gehören etwa die Aktualität, Qualität, die Akzeptanz, die Autorität der zuständigen Stelle, Investitionen und potenzielle Schadensersatzansprüche.

5. Mit dieser möglichen Vermutungswirkung sowie dem Vertrauenstatbestand lassen sich die sekundären Rechtsquellen zutreffender beschreiben als die bisher schon vorgenommenen zahlreichen Ausnahmen.

177 Marburger, Die Regeln der Technik im Rechts, 1979, S. 398 f., 395 ff., Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 1138 f.

178 Wagner (Fn. 17), § 823 Rn. 273, a.A. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 439 f.

179 Wagner (Fn. 17), § 823 Rn. 275, 307 ff., 487.

180 Wagner (Fn. 17), § 823 Rn. 275.

181 Möllers, Rechtsgüterschutz im Haftungs- und Umweltrecht, 1996, S. 142 ff.