

## Tagungsbericht: Perspektiven des Privatrechts

Jahrestagung der Zivilrechtslehrervereinigung  
vom 20. bis zum 22. September 2015 in Köln

Adam Sagan\*

Unter dem Generalthema „Perspektiven des Privatrechts“ hat es sich die diesjährige Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung in Köln zur Aufgabe gemacht, die Beziehungen und Wechselwirkungen zwischen der Privatrechtswissenschaft einerseits und benachbarten Wissenschaftsdisziplinen andererseits zu untersuchen und zu diskutieren. Im Fokus dieses interdisziplinären Ansatzes standen eine rechtswissenschaftsimmanente Reflexion der Privatrechtsdogmatik – zugleich gewissermaßen eine Selbstvergewisserung über deren Standort – sowie das Verhältnis der Privatrechtswissenschaft zur Geschichtswissenschaft, zur Philosophie und zur Ökonomie, jeweils auch im Kontext konkreter rechtsgebietsbezogener Fragestellungen.

### 1. Wernhard Möschel: „Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz“

Den Auftakt der Veranstaltung lieferte *Möschel* mit seinem *ad hominem*-Vortrag zu dem von ihm frei gewählten Thema „Wettbewerb zwischen Privatautonomie und ökonomischer Effizienz“, das sich bruchlos in die inhaltliche Gesamtkonzeption der Tagung einfügte. *Möschel* unterschied zwischen einem in Deutschland tradierten, ordoliberalen Verständnis von Wettbewerb, das auf der Privatautonomie beruht, und einem damit konkurrierenden, utilitaristischen Ansatz us-amerikanischer Provenienz, der nach der ökonomischen Effizienz des Wettbewerbs fragt. Für die freiheitsorientierte Konzeption verwies *Möschel* auf die Feststellung von *Flume*, für die Privatautonomie gelte der Satz: „*stat pro ratione voluntas*“.<sup>1</sup> Nichts anderes gelte für den Wettbewerb, der aus der Wahrnehmung individueller Privatautonomie entstehe und deswegen die von ihm auf der Grundlage freiwilliger Vertragsschlüsse erzeugten Ergebnisse im Grundsatz, d.h. jenseits der Fälle von Marktversagen, bereits für sich genommen rechtfertige. Auf eine Bewertung dieser Ergebnisse bzw. eine „endogen definierte *ratio*“ komme es nicht an.

Auf dieser Grundlage wandte sich *Möschel* gegen eine utilitaristische Konzeption des Wettbewerbsrechts, die die Privatautonomie unter Bewertung der in ihrer Ausübung erzielten Ergebnisse beschränke und damit eine *ratio* an die Stelle der *voluntas* treten lasse. Er beklagte, dass die Europäische Kommission für die Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln mit der Formulierung ihres wesentlich auf die Konsumentenwohlfaht ausgerichteten „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“ („*more*

\* Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon) ist Akademischer Rat am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht der Universität zu Köln. Der Verfasser dankt allen Referenten und Protokollanten für die freundliche Zurverfügungstellung ihrer Manuskripte.

1 W. *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Aufl., Berlin u.a. 1979, S. 6.

*economic approach*“) einem effektbasierten Modell den Vorzug gegeben habe.<sup>2</sup> Dabei zielte die Kritik nur nachrangig darauf, dass die Kommission mit ihrer Ausrichtung auf das Verbraucherwohl eine Teilmenge der Marktteilnehmer priorisiert, sich hiermit in Widerspruch zu dem in der ökonomischen Theorie mehrheitlich vertretenen Kriterium allgemeiner Wohlfahrt („*total welfare standard*“) gesetzt und letztlich keine wirtschaftswissenschaftlich fundierte, sondern eine genuin politische Präferenzentscheidung getroffen habe. Die Hauptkritik von *Möschel* entzündete sich, wie auch in der Diskussion deutlich wurde,<sup>3</sup> an der Behauptung, der „stärker wirtschaftliche Ansatz“ führe zu einem höheren Maß an Rechtssicherheit bei der Anwendung der unionalen Wettbewerbsregeln. Wirtschaftswissenschaftliche Modellrechnungen am Maßstab der pareto-Effizienz oder des Kaldor-Hicks-Kriteriums seien ebenso wie eine modernere Teilmarktanalyse, die sich in Ermangelung einer optimalen Lösung ohnehin nur um eine „zweitbeste“ Annäherung bemühe, aufgrund fehlender Informationen sowie der Komplexität und der Dynamik des Marktgeschehens nicht in der Lage, für die Rechtsanwendung verlässliche Entscheidungsgrundlagen zu liefern. Wie ein allgemeines Resümee versteht sich die auf Partialanalysen bezogene These von *Möschel*, der effizienzorientierte Ansatz führe in einen „Sumpf von Maß- und Gradfragen“.

Letzten Endes hat *Möschel* – ganz im Sinne des Generalthemas – am Beispiel des Wettbewerbsrechts die kritische Frage nach dem Verhältnis zwischen Recht und Ökonomie aufgeworfen. *Möschel* bezweifelte nicht allein die Opportunität oder Rechtmäßigkeit des „stärker wirtschaftlichen Ansatzes“, sondern auf allgemeinerer Ebene die Vereinbarkeit wirtschaftswissenschaftlicher Kriterien, Modelle und Prognosen mit der Anwendung von Wettbewerbsrecht in einem „*rule of law*-System“. Das ist wohl nicht in einem engen Sinne mit einem Widerspruch gegen rechtsstaatliche Prinzipien des Grundgesetzes zu übersetzen. Der Vorwurf lautete vielmehr, dass eine Rechtsanwendung nach Maßgabe wirtschaftlicher Folgenanalysen und -bewertungen die Herrschaft des Rechts als solche unterminiere. Auf diesem Weg gelangte *Möschel* zu einer prinzipiellen Kritik ökonomischen Rechtsdenkens.<sup>4</sup>

2 Krit. bereits W. *Möschel*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach“, JZ 2009, 1040.

3 S. hierzu A. *Sagan*, Diskussionsbericht zum Referat von Wernhard Möschel, AcP 216 (2016), demnächst.

4 Ähnl. K.-H. *Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, 817 (823); anders G. *Rühl*, Ökonomische Analyse des Rechts, in: J. Krüper (Hrsg.), Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, § 11 Rn. 16 ff. sowie ferner monographisch H. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Aufl., Tübingen 2005, S. 393 ff.; K. *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 3. Aufl., Berlin 2003, S. 69 ff.

## 2. Thomas Lobinger: „Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts“

*Lobinger* behandelte gleichsam aus der Binnenperspektive der Privatrechtswissenschaft im ersten Teil seines Referats den Begriff sowie die Problemfelder der Privatrechtsdogmatik, im zweiten Teil deren Exemplifizierung anhand des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts.

Im Bereich der allgemein-abstrakten Betrachtung des ersten Teils identifizierte *Lobinger* die „Beantwortung konkreter Rechtsfragen aus dem geltenden Recht“ als Kernaufgabe der Rechtsdogmatik. Sie solle es dem Rechtsanwender ermöglichen, die im Einzelfall auftretende „Rechtsfrage durch einfachen Subsumtionsschluss zu beantworten“. Mit dem Rekurs auf das Subsumtionsmodell ist die deduktive Logik angesprochen, der *Lobinger* wohl nicht nur für die Darstellung, sondern auch für die Herstellung der rechtlichen Entscheidung wesentliche Bedeutung zusprechen möchte.<sup>5</sup> Ebenfalls methodologische Grundlagen betraf die These von *Lobinger*, Dogmatik sei darauf gerichtet, „etwas Gegebenes zu erkennen und nicht etwas Neues zu schaffen“. Im Hinblick auf die teleologische Gesetzesauslegung erkannte *Lobinger* allerdings einen „produktiven Zug“ der Privatrechtsdogmatik an, der zu Analogien, Normreduktionen oder zur Schaffung neuer Rechtsfiguren führen könne.

Zu den Spezifika privatrechtsdogmatischen Arbeitens zählte *Lobinger* die Schaffung neuer Begriffe und Rechtsprinzipien „oberhalb der einzelnen positiven Rechtsnorm“<sup>6</sup> und die rechtshistorische Erforschung der ursprünglichen Hintergründe, die für die Bildung von Begriffen, Prinzipien oder Instituten maßgeblich gewesen sind. Die Gründe für diese Wesenszüge der privatrechtsdogmatischen Methodologie lägen in dem historisch bedingten Umstand, dass die Rezeption der justinianischen Kompilation nur im Wege komplexitätsreduzierenden Ordners möglich gewesen sei, sowie im Begriff des Rechts als eines autonomen, auf die Leitidee der Verwirklichung von Gerechtigkeit ausgerichteten Ordnungssystems, das jedenfalls dem „Gleichbehandlungsgrundsatz“<sup>7</sup> Rechnung zu tragen habe. Das führte *Lobinger* zu dem – wohl naturrechtlich inspirierten – Diktum: „(...) Gesetzen wird abverlangt, dass sie sich als ein Beitrag zur Verwirklichung von Gerechtigkeit darstellen, wenn sie Recht sein wollen.“

Unter drei Problemfeldern der Privatrechtsdogmatik diskutierte *Lobinger* erstens das Vorverständnis. Dies qualifizizierte er nicht als notwendige Bedingung für die Inter-

5 Dagegen *J. Bung*, Subsumtion und Interpretation, Baden-Baden 2004, S. 147; *K. Gräfin v. Schlieffen*, Subsumtion als Darstellung der Herstellung juristischer Urteile, in: *Gabriel/Gröschner* (Hrsg.), Subsumtion, Tübingen 2012, S. 379 (413).

6 Anders *J. Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, S. 132, der Rechtsprinzipien als „Elemente des positiven Rechts“ klassifiziert.

7 Abw. Terminologie bei *B. Rütters/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 8. Aufl., München 2015, Rn. 352 („Gleichheitsgrundsatz“).

pretation einer Norm,<sup>8</sup> sondern als Problem, das die Möglichkeit einer strikt dogmatischen Rechtsanwendung in Zweifel ziehe, die sich allein an rechtlichen Kategorien orientiere. Als Alternative zu dieser Form strikt dogmatischer Rechtsanwendung nannte *Lobinger* lediglich ein „kadijustizartiges Richterkönigtum“.<sup>9</sup> Dem „Vorverständnis-Problem“ lasse sich entrinnen, wenn der Interpret sich von seinem Vorverständnis zugunsten der Fremdwertung des Gesetzgebers distanzieren. Zweitens sei das Problem der Legitimation rechtsprägender Dogmatik im Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung aufgrund deren jeweiliger „institutioneller Überforderung“ zu lösen. Der Gesetzgeber könne nicht jeden Einzelfall regeln, die Rechtsprechung den Einzelfall nur unter Zeitdruck „mit seinen möglicherweise emotionsrührenden Umständen“ entscheiden. In dieser Situation habe die Dogmatik, die *Lobinger* allein den Universitäten, nicht aber „außeruniversitären Forschungsinstituten ohne nennenswerte Lehrverpflichtungen“ vorbehalten sieht, die legitime Funktion, zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu vermitteln. Drittens stelle sich ein Mehrebenenproblem, weil das (deutsche) Privatrecht „systemverwirrenden Einspeisungen“ des nationalen Verfassungsrechts und des europäischen Unionsrechts ausgesetzt sei, die seine innere Widerspruchsfreiheit gefährdeten. Die im Zivilrecht geschützten Rechtspositionen, wie Leben, Körper, Freiheit, Eigentum etc., seien aber trotz ihrer Aufnahme in den Grundrechtskatalog des Grundgesetzes „originär privatrechtlicher Natur“ und prinzipiell „privatrechtlich zu interpretieren“. Die verfassungsrechtliche Dogmatik habe im Gegenzug „ihre weitgehende Abhängigkeit von der Privatrechtsdogmatik zu erkennen.“ Auf das Unionsprivatrecht sei, so *Lobinger*, die von ihm zugrunde gelegte Konzeption der Privatrechtsdogmatik zu übertragen, weil es sich bei ihr um ein eigenständiges, ebenfalls an den Rechtsbegriff anknüpfendes Rechtssystem handle. Dementsprechend sei es legitim, das Unionsrecht nach einem „*mos germanicus*“ zu erschließen und aufzubereiten. Unerörtert blieb, ob das Unionsrecht als fragmentarische Teilrechtsordnung und die in ihrer Methode zuweilen an Fallrecht (*case-law*) erinnernde Rechtsprechung des EuGH die hierfür notwendigen Funktionsvoraussetzungen erfüllen.

Im zweiten Teil seines Referats wandte sich *Lobinger* gegen ein Verständnis des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts als Mittel moralpädagogischer Verhaltenssteuerung oder öffentlich-rechtlicher Umverteilung und trat für eine ausschließliche Deutung als besondere Form des Persönlichkeitsschutzes ein. Maßgeblich sei dafür im Grundsatz allein eine Auslegung des AGG, weil sich „wesentliche Argumente zum

8 Vgl. *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1973, S. 136 ff.; instruktiv *W. Gast*, Juristische Rhetorik, 5. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 656; allg. *H.-G. Gadamer*, Wahrheit und Methode, 6. Aufl., Tübingen 1990, S. 270 ff.; s. auch *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, S. 208; relativierend *A. von Arnould*, Möglichkeiten und Grenzen dynamischer Interpretation von Rechtsnormen, Rechtstheorie 32 (2001), 465 (478).

9 Zum Rationalitätspotential einer dezisionistischen Rechtsanwendungskonzeption: *F. J. Säcker*, Die Konkretisierung vager Rechtssätze durch Rechtswissenschaft und Praxis, ARSP 58 (1972), 215 ff.

AGG auch im Richtlinienrecht verankern“ ließen. In der Diskussion erinnerte *Grünberger* an die Entscheidung des EuGH in der Rs. *CHEZ Razpredelenie Bulgaria*, nach der Frau Anelia Nikolova, die selbst zur bulgarischen Mehrheitsbevölkerung gehörte, dadurch wegen ethnischer Herkunft diskriminiert wurde, dass ihre Vermieterin den zum angemieteten Raum gehörenden Stromzähler in einer Höhe von ca. sechs bis sieben Meter installierte und diese Praxis allein in „Roma-Bezirken“ übte.<sup>10</sup> *Lobinger* stimmte *Grünberger* darin zu, dass sich diese Entscheidung mit einer allein persönlichkeitschützenden Konzeption des Diskriminierungsrechts nicht vereinbaren lasse, doch sei sie, so *Lobinger*, Zeichen einer institutionellen Überforderung des EuGH;<sup>11</sup> ihr Ergebnis drohe die Dogmatik des Privatrechts zu zerstören.

### 3. Nils Jansen: „Gesetzliche Schuldverhältnisse – eine historische Strukturanalyse“

Die Perspektive der Rechtsgeschichte auf die Dogmatik des Privatrechts beleuchtete *Jansen* in seiner historischen Strukturanalyse der gesetzlichen Schuldverhältnisse. Deren erklärter Ausgangspunkt war es, nicht altes Recht an die Stelle des geltenden, nicht die Digesten an die Stelle des BGB treten zu lassen, sondern die Dogmengeschichte in ihrem historischen Kontext zu rekonstruieren, um auf diese Weise die mitunter dysfunktionalen „Fesseln der Vergangenheit“ abzustreifen.

Unter dem Rubrum „Haftungsrecht“ erläuterte *Jansen*, dass die *lex Aquilia* im römischen Deliktsrecht als Alternative zu einem Kriminalstrafverfahren ihrerseits als Strafe konzipiert gewesen sei und sich hieraus die haftungsbegründenden Merkmale der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens ergeben hätten.<sup>12</sup> Hieran habe sich das BGB orientiert, wengleich zwischenzeitlich im 18. Jahrhundert mit der *culpa levis-sima* bereits die Grundlage für eine Gefährdungshaftung gelegt worden war. Diese wurde jedoch als „politisches Recht“ aus dem Deliktsrecht des BGB ausgelagert, das sich auf die Haftung für Verletzungen bürgerlich-rechtlicher Pflichten beschränkte. Dies habe – nach *Jansen* zu Unrecht – zum Dogma eines „zweispurigen Haftungsrecht(s)“ geführt, das mit der in ihm angelegten strikten Dichotomie zwischen rechtmäßigem und rechtswidrig-schuldhaftem Verhalten nicht erklären könne, warum etwa aus dem Gesichtspunkt der Versicherbarkeit eines bestimmten Risikos eine verschärfte Verkehrssicherungspflicht resultieren solle. Ein modernes Haftungsrecht müsse auf einen verhaltensbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff verzichten, zumal auch die Anspruchskürzung wegen eines Mitverschuldens nach § 254 BGB nicht die

10 EuGH v. 16.7.2015 – Rs. C-83/14 – EuGRZ 2015, 482; zu weiteren Entscheidungen des EuGH ohne konkretes Diskriminierungsopfer s. EuGH v. 10.7.2008 – Rs. C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 (*Feryn*); EuGH v. 25.4.2013 – Rs. C-81/12 – NZA 2013, 891 (*Asociația Accept*); ferner zur Benachteiligung wegen der Behinderung Dritter: EuGH v. 17.7.2008 – Rs. C-303/06 – Slg. 2008, I-5603 (*Coleman*).

11 Wiedergegeben bei *Illmer*, Diskussionsbericht zum Referat von Thomas Lobinger, AcP 216 (2016), demnächst.

12 In der Diskussion bestritt dies *H. Honsell*, s. *R. Magnus*, Diskussionsbericht zum Referat von Nils Jansen, AcP 216 (2016), demnächst; näher *H. Honsell*, Römisches Recht, 7. Aufl., Berlin u.a. 2010, S. 167 ff. sowie *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 202 ff. jeweils m.w.N.

Verletzung einer Rechtspflicht, sondern lediglich einer Obliegenheit verlange. Diese These ist in der Diskussion auf Widerstand gestoßen, was *Jansen* zu der Klarstellung veranlasste, bei negatorischen Ansprüchen sei am Merkmal der Rechtswidrigkeit festzuhalten.<sup>13</sup>

Zum Bereicherungsrecht vertrat *Jansen* im Kern die These, es sei ein aus zwei Wurzeln stammendes „Zwittergewächs“.<sup>14</sup> Es beruhe einerseits auf der römisch-rechtlichen *condictio*, die ursprünglich ein Instrument zur Durchsetzung vertraglicher Leistungsversprechen gewesen sei und sich erst im Laufe der Zeit zur rechtlichen Grundlage für die Rückabwicklung fehlgeschlagener Leistungen entwickelt habe, andererseits auf dem im Restitutionsrecht der Naturrechtslehre des 16. Jahrhunderts hervorgegangenen Gedanken, eine durch Eingriff in fremdes Recht erlangte Bereicherung sei herauszugeben. Erst *Savigny* sei es gelungen, diese beiden Wurzeln zu vereinigen, indem er die *condictio* als Substitut einer „verlorene(n) Vindikation“ qualifizierte. Die Pandektistik habe demgegenüber zentral auf das Kriterium der Vermögensverschiebung abgestellt, die Haftung auf die im Vermögen des Schuldners noch vorhandene Bereicherung beschränkt und Eingriffsfällen kaum Beachtung geschenkt. Erst im 20. Jahrhundert sei die Vorstellung aufgekommen, sämtliche Fälle des Eingriffs in fremdes Eigentum unter das Merkmal der Vermögensverschiebung zu subsumieren. Unter der Geltung des BGB habe die Dogmatik Fortschritte vor allem dort erzielen können, wo sie sich vom kodifizierten Bereicherungsrecht distanziert habe, insbesondere bei Mehrpersonenverhältnissen sowie bei der Rückabwicklung gescheiterter Verträge. Im Ergebnis plädierte *Jansen* dafür, die beiden Wurzeln des Bereicherungsrechts, die bei rechtshistorischer Analyse keine Gemeinsamkeiten aufwiesen, dergestalt gedanklich voneinander zu trennen, dass man die Leistungskonditionen funktional zur Erfüllung und zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, d.h. zum allgemeinen Schuldrecht rechne und allein die Eingriffskondition als gesetzliches Schuldverhältnis qualifiziere.

Keinen Raum sah *Jansen* in einer „historisch reflektierten Dogmatik“ für die Geschäftsführung ohne Auftrag.<sup>15</sup> Ursprünglich sei die römisch-rechtliche *negotiorum gestio* Ausdruck sozialer Treuebindungen bei der Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten gewesen, wenngleich nicht ohne Auftrag, sondern auf der Grundlage einer Vereinbarung. Nach dem Untergang des römischen Reichs sei sie zur Grundlage diffuser Rückgriffs- und Abschöpfungsansprüche geworden, die nicht von einer bestimmten Geschäftsführungsabsicht abhingen. Im Naturrecht sei sie hin-

13 S. hierzu *Magnus*, Diskussionsbericht *Jansen* (Fn. ), demnächst.

14 Unter Verweis auf *J. Esser*, Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1960, S. 776.

15 Anders *A. Bergmann*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2006, Vorbem zu §§ 677 ff. Rn. 40; *ders.*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, Tübingen 2010, S. 47 ff.

gegen auf das vermutete Einverständnis des Geschäftsherrn gestützt und infolgedessen im Bereich der Schadensabwehr zur Anwendung gekommen. Obwohl bei der Schaffung des BGB keine Einigkeit über den Sinn und Zweck der Geschäftsführung ohne Auftrag bestanden habe, wurde sie dennoch in die Kodifikation aufgenommen. Ihre früheren Anwendungsfälle konnten daher fortgesetzt werden, doch habe dies etwa bei der Rückabwicklung nichtiger Dienstverträge zu Problemen geführt.

#### 4. Marietta Auer: „Eigentum, Familie, Erbrecht: drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht“

In ihrem mit lang anhaltendem Beifall bedachten Referat untersuchte *Auer* in einem ersten Schritt das kritische Potential der Rechtsphilosophie als Grundlagenwissenschaft für das Privatrecht und exemplifizierte in einem zweiten Schritt anhand von Eigentum, Familie und Erbrecht die Anwendung philosophischer Methoden auf privatrechtliche Grundbegriffe. Den Ausgangspunkt bildete die These, dass der Inhalt und der Wandel privatrechtlicher Begrifflichkeiten die Produkte „philosophisch-ideengeschichtlicher Voraussetzungen“ sind.

Im ersten Teil unterschied *Auer* zwischen der Rechtstheorie, die sich unter anderem mit der Struktur des Rechts befasst, und der normativen Rechtsethik, die nach der Gerechtigkeit des Rechts fragt. Den historischen Ursprung der modernen Rechtsphilosophie verortete sie um das Jahr 1800, ab dem infolge der kantischen Trennung von Recht und Moral und der Einsicht, dass von einem Sein nicht auf ein Sollen geschlossen werden könne,<sup>16</sup> eine „spezifisch juristische Gerechtigkeitstheorie“ entstanden sei. Hieran habe sich ein „Erstarken der Wissenschaft vom positiven Recht“ angeschlossen, die inzwischen zum „unangefochten herrschende(n) Wissenschaftsparadigma der Rechtswissenschaft“ avanciert sei. In einer „exzessiv durchpositivierete(n) Rechtsordnung“, deren Dogmatik Gerechtigkeitserwägungen als Rechtsprinzipien rezipiere, dränge im Gegenzug die vernunftrechtliche Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts zurück. Eine gehaltvolle normative Rechtsethik stehe daher vor der dreifachen Herausforderung, sich nicht auf eine bloß analytische Rechtstheorie reduzieren zu lassen, kein metaphysisches und mithin rational nicht begründbares Naturrecht zu betreiben und neben der „normativen Überdeterminiertheit des positiven Rechts (nicht) nur noch rechtsethische Tautologien zu produzieren“. Der Ausweg liege in einer „kritische(n) Ideengeschichte der Bildung normativer Begriffe“, die dazu beitrage, dass „ehemalige philosophische Irrtümer heute jedenfalls nicht als rechtsdogmatische“ wiederholt würden. Die Rechtsphilosophie könne zum einen der Klärung privatrechtlicher Begriffe, die sich häufig ohne ihren philosophischen Hintergrund nicht zutreffend verstehen ließen, sowie zum anderen der Kritik dieser Be-

16 *D. Hume*, A Treatise of Human Nature, London 1739, Book III, Part I, Section I (“... the distinction of vice and virtue is not founded merely on the relations of objects ...”); aus der Perspektive der Rechtswissenschaft: *H. Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, S. 5.

griffe dienen.<sup>17</sup> In dieser kritischen Funktion müsse die Rechtsphilosophie den naturrechtlichen Sein-Sollen-Fehlschluss vermeiden und zugleich der „Aporie des neuzeitlichen Individualismus“ Rechnung tragen, die sich daraus ergibt, dass eine rationale Legitimation einer überindividuellen (staatlichen) Gemeinschaft ausscheiden muss, wenn man ausschließlich die Autonomie des Individuums als „normativ relevante Bezugsgröße“ gelten lässt. Insgesamt müsse dies zu einer „weitgehenden individualistischen Öffnung“ privatrechtlicher Begriffe führen.

Zum Begriff des Eigentums im BGB stellte *Auer* fest, dass er in der Tradition des römischen Rechts auf Sacheigentum, mithin auf Dinglichkeit begrenzt sei. Die maßgeblich von Locke geprägte Arbeitstheorie des Eigentums erstreckte das Eigentum hingegen, ausgehend vom Recht des Individuums an seinem eigenem Körper, auf die vom Individuum bearbeiteten Naturgüter.<sup>18</sup> Unter diesen Prämissen, nach denen sich die Produkte gedanklicher Arbeit zwanglos als geistiges Eigentum kategorisieren ließen, habe der Eigentumsbegriff wegen seiner Anknüpfung an die individuelle Autonomie eine „rechtsethische Aufladung“ erfahren. Deren Folge musste eine „normative Expansionstendenz“ und die stetige „Verrechtlichung immer weiterer Rechtspositionen“ sein, wie sie im Kontext des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs des Art. 14 GG zu beobachten sei und das Eigentum zum „Inbegriff eines privaten Vermögensrechts“ habe werden lassen. Wegen der „Aporie des neuzeitlichen Individualismus“ sei jedoch das Problem der Sozialbindung des Eigentums als „rechtliches unlösbar“, was nicht an der Unzulänglichkeit der Rechtsdogmatik liege, sondern daran, dass sie keine Lösung für ein philosophisches Problem liefern könne. Insgesamt setzte *Auer* einen Kontrapunkt zum Petitum einer strikt privatrechtlichen Konzeption u.a. des Eigentums von *Lobinger*, indem sie den begrifflichen Bogen in umgekehrter Richtung von der Rechtsphilosophie über den verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff hin zum Sacheigentum des BGB spannte.

Den familienrechtlichen Begriff der Ehe behandelte *Auer* ebenfalls im „Spannungsverhältnis von Individualität und Gemeinschaft“. Hier habe sich zunächst die antike Vorstellung von einer Hausgemeinschaft, bestehend aus Ehe, Elternschaft und Herrschaft über Bedienstete und Sklaven, seit der Aufklärung als naturrechtlicher Sein-Sollen-Fehlschluss erwiesen. Ohne rationale Begründung sei von einem beobachtbaren Verhalten darauf geschlossen worden, dasselbe sei normativ gesollt. Kant habe die Ehe auf der Grundlage individueller Freiheit grundlegend neu konzipiert, indem er sie definierte als die „Verbindung zweier Personen verschiedener Geschlechts zum

17 Zurückhaltender vom Standpunkt eines rechtsphilosophischen Relativismus: *G. Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 96 ff.

18 *J. Locke*, Two Treatises of Government, London 1689, Book II, Chapter V „Of Property“ unter Berufung darauf, dass Gott den Menschen Vernunft gegeben habe, um die Erde zu ihrem Vorteil zu nutzen.

lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“.<sup>19</sup> Damit sei an die Stelle eines naturgegebenen Ordnungsprinzips eine Konzeption der Ehe als gegenseitiger Vertrag getreten, der seine Grundlage in der Privatautonomie der Ehepartner gefunden habe.<sup>20</sup> Da Kant aber ausdrücklich nicht verlangt habe, dass die Ehe zu dem Zweck der Kinderzeugung eingegangen wird, sei es, so *Auer*, ein Wertungswiderspruch, dass er den Abschluss dieses privatautonomen Vertrages verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten habe. Bei konsequent individualistischer und vertragstheoretischer Konzeption müsse die Ehe auch Menschen desselben Geschlechts offen stehen.<sup>21</sup> An diese rechtsphilosophische Betrachtung könne im Kontext der Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe angeknüpft werden. Sie zeige, dass dieser Angleichungsprozess bis hin zur vollständigen Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare einer individualistischen Konzeption familienrechtlicher Verhältnisse entspreche, während demgegenüber die Ausgrenzung derselben entweder auf einem naturrechtlichen Sein-Sollen-Fehlschluss beruhe oder ein „gravierendes Gerechtigkeitsproblem“ produziere, vergleichbar der überholten Vorstellung einer naturgegebenen Rollenverteilung von Mann und Frau in der Ehe. Mit Nachdruck stimmte *Canaris* der These seiner Schülerin *Auer* zu, bei konsequenter Fortführung des von Kant entwickelten, individualvertraglichen Ehebegriffs könne „für das Bestehen einer Ehe (...) die Zugehörigkeit der Ehepartner zu verschiedenen Geschlechtern keine Bedingung mehr sein“.<sup>22</sup> Wegen des gewandelten Eheverständnisses sei das Familienrecht *Canaris* zufolge entgegen einer vormals insbesondere mit Rücksicht auf die elterliche Gewalt vertretenen Einordnung als Teil des öffentlichen Rechts nunmehr ein „Hort der Privatautonomie“.<sup>23</sup>

Das Erbrecht, dem *Auer* sich zum Schluss ihres Vortrages zuwandte, stehe mit der Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Testierfreiheit einerseits und dem gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrecht andererseits gleichsam zwischen Eigentum und Familie. Hierzu bemerkte *Auer*, dass das Erbrecht nicht an der „individualistische(n) Wertverschiebung“ der Neuzeit teilgenommen habe. Der größere Teil der Vernunftrechtslehre

19 *I. Kant*, Sämtliche Werke, Bd. 5: Metaphysik der Sitten in zwei Theilen – Rechtslehre, Tugendlehre, Leipzig 1838, S. 83.

20 Instruktiv *D. Heinrich*, Familienrecht, Berlin 1970, S. 17 ff., der ebenfalls unter Rekurs auf Kant das Spannungsverhältnis der Ehe zwischen Vertrag und Institution diskutiert und sich letztlich für eine vertragsrechtliche Konzeption entscheidet; w.N. bei *R. Voppel*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2007, § 1353 Rn. 4 ff.

21 Gleichsam in entgegengesetzter Richtung hat der *Supreme Court of the United Kingdom* in der jüngeren Vergangenheit einen statusrechtlichen Gehalt der zivilen Partnerschaft („*civil partnership*“) anerkannt, in: *Urt. v. 27.11.2013 – Bull & Bull v Hall & Preddy*, ZEuP 2015, 606 m. Anm. *M.-P. Weller/F. Grethe*, (Rn. 26: Civil partnership „is more than a contract. Like marriage, it is a status, in which some of the terms are prescribed by law, and which has consequences for people other than the couple themselves and for the state.“).

22 Zit. n. *J. Croon-Gestefeld*, Diskussionsbericht zum Referat von Marietta Auer, AcP 216 (2016), demnächst.

23 Zit. n. *Croon-Gestefeld*, Diskussionsbericht Auer (Fn. ), demnächst.

habe das Eigentum an die Person geknüpft und eine über deren Lebzeiten hinausreichende Verfügungsbefugnis abgelehnt. Bereits deswegen weise die Annahme, die Testierfreiheit sei Ausfluss der Privatautonomie, nach Ansicht von *Auer* einen „berächtlichen fiktiven Gehalt“ auf. Konzipiere man das Privateigentum mit Locke zudem als Produkt eigener Arbeitsleistung, lasse sich das Erbrecht nicht kohärent individualistisch konzipieren. Vielmehr komme die gemeinschaftsbezogene Deutung von Hegel in Betracht, der aus der Bindung des Familieneigentums ein gesetzliches Erbrecht der Familienmitglieder und des Ehegatten abgeleitet habe. Da sich das aktuelle Wertgefüge vom traditionellen Familienverständnis hin zu einem „Pluralismus neuer Lebensformen“ verschiebe, sei künftig mit korrespondierenden Verschiebungen im Erbrecht zu rechnen, wie sie sich bei der Einführung des Erb- und Pflichtteilsrechts für eingetragene Lebenspartner bereits gezeigt habe. Aus internationaler Perspektive sei mit einer Verstärkung des Erbrechts von Ehegatten zulasten der Erbrechte von Verwandten zu rechnen.

### 5. Lars Klöhn: „Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht: rechtsökonomische Grundlagen und Perspektiven“

Mit dem letzten Vortrag der Tagung schloss sich der Kreis, da *Klöhn* den „Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht“ aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts analysierte und damit ein schon von *Möschel* zu Beginn der Tagung eingeführtes Motiv aufgriff. Einleitend führte *Klöhn* aus, die Ökonomik könne als „Codierung von Rechtsfragen“ drei Funktionen erfüllen. Sie könne Komplexität reduzieren, implizite Prämissen aufdecken, indem sie Rechtsfragen in „Rechtswirkungsfragen“ übersetze, und die Grundlagen von Rechtsnormen aufzeige.

Diese Funktionen veranschaulichte *Klöhn* am Beispiel des Minderheitenschutzes in Personengesellschaften, deren zentrale dogmatische Figur die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannte Kernbereichslehre darstellt, wengleich die Entscheidung des Zweiten Zivilsenats des BGH vom 21.10.2014 nach Ansicht von *Klöhn* als Abkehr von dieser Lehre verstanden werden könne.<sup>24</sup> Im Ausgangspunkt beleuchtete *Klöhn* die rechtsökonomischen Grundlagen des Gesellschafts-, genauer des Personengesellschaftsrechts. Der Gesellschaftsvertrag reagiere zum einen auf die bei einem Austauschvertrag bestehende Gefahr opportunistischen Verhaltens nach Vertragsschluss, insbesondere einem investitionsgefährdenden Wechsel des Vertragspartners, indem er die Parteien dazu verpflichte, ihre jeweiligen Beiträge dauerhaft zu erbringen bzw. zur Verfügung zu stellen; sog. „Einsperreffekt“ („*lock-in*“).<sup>25</sup> Zum anderen enthalte er als notwendigerweise unvollständiger Vertrag, der nicht alle

24 Unter Verweis auf BGHZ 203, 77 Rn. 19; krit. *H.-J. Priester*, Eine Lanze für die Kernbereichslehre, NZG 2015, 529.

25 Hierzu *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin u.a. 2012, S. 690 ff.

Kontingenzen des künftigen Zusammenwirkens regeln könne, Verfahrensregeln bei Anpassungsbedarf. Ebenso wie der Gesellschaftsvertrag solle auch der Schutz von Minderheitsgesellschaftern das Kontrahierungsproblem lösen, das aus der Möglichkeit opportunistischen Verhaltens resultiere. Eine Beschlussfassung nach dem Einstimmigkeitsprinzip begründe Veto-Rechte der Minderheitsgesellschafter und infolgedessen das Risiko von „Minderheits-Opportunismus“. Auf eine Beschlussfassung nach dem Mehrheitsprinzip können sich die Minderheitsgesellschafter jedoch nur einlassen, wenn im Gegenzug das Risiko des „Mehrheits-Opportunismus“ gebannt werde. Dies sei die spezifische Funktion des Minderheitenschutzes. Dessen inhaltliche Reichweite könne sich ökonomisch sinnvoll nur nach dem zwischen den Parteien konsentierten Niveau richten. Fehle es an einer diesbezüglichen Vereinbarung, gebe es für die Lückenfüllung im Wege „hypothetische(r) Vertragsauslegung“ konzeptionell drei Möglichkeiten. Man könne auf die Regeln abstellen, die die Mehrheit der Gesellschafter vereinbart hätte („mehrheitsfähige Auffangregeln“), Regeln aufstellen, die so interessenwidrig sind, dass sie den Parteien Anlass geben, aus ihnen herauszukontrahieren („bestrafende Auffangregeln“), oder zwingende Regeln postulieren.

In dieses konzeptionelle Raster füge sich die Kernbereichslehre nicht ein, weil sie nicht den Interessen der Gesellschafter, jedenfalls nicht einer Mehrheit der Gesellschafter entspreche. Ebenso scheidet die Qualifikation als bestrafende Auffangregelung aus, weil der Kernbereichsschutz nur nach Maßgabe qualifizierter Bestimmtheitsanforderungen gesellschaftsvertraglich abbedungen werden könne.<sup>26</sup> Das stehe ferner einer Einordnung als zwingendes Recht entgegen. Als zwingendes Korrektiv der Privatautonomie lasse sich die Kernbereichslehre auch nicht verhaltensökonomisch als Schutz vor übertriebenem Optimismus erklären, weil die sich daraus ergebenden Urteilsverzerrungen gleichermaßen Mehrheits- und Minderheitsgesellschafter betreffen und daher keinen besonderen Minderheitsschutz rechtfertigen könnten. Den Interessen der Gesellschafter genüge es, wenn sie in den Kernbereichsschutz hineinkontrahieren könnten. Dies würde weniger Kosten verursachen als ein im Gesellschaftsvertrag antizipierter Verzicht auf den Kernbereichsschutz, da hierfür die zum Kernbereich zählenden Rechte identifiziert und besondere Bestimmtheitsanforderungen erfüllt werden müssten. Lediglich für Publikums-Personengesellschaften, die nicht auf individuell ausgehandelten Verträgen beruhen, sei die Kernbereichslehre sinnvoll, im Übrigen aber aufzugeben – eine Forderung, die in der Diskussion auf Widerspruch unter anderem von *K. Schmidt* und *C. Schäfer* stieß.<sup>27</sup>

Zutreffender Anknüpfungspunkt für den Schutz gegen Mehrheits- und Minderheitsopportunisten seien, so *Klöhn*, die Treupflichten, bei denen es sich um „fokale

26 Vgl. BGH NJW 1995, 194 (195).

27 S. hierzu *J.-E. Schirmer*, Diskussionsbericht zum Referat von Lars Klöhn, AcP 216 (2016), demnächst.

Prinzipien“ handle, aus denen sich die für den Einzelfall maßgeblichen Regeln ableiten ließen. Dabei seien sowohl ausdrückliche Regelungen im Gesellschaftsvertrag sowie die berechtigten Erwartungen maßgeblich, wie sie sich konkludent aus einer einvernehmlichen Praxis der Gesellschafter ergeben können. Anstelle des Prüfungsmaßstabes der Rechtsprechung, der die Treuwidrigkeit eines Beschlusses davon abhängig mache, ob er im Interesse der Gesellschaft geboten und den Gesellschaftern zumutbar war, wofür es auf den Gegenstand des Beschlusses und die persönliche Nähe der Gesellschafter zueinander ankommen soll,<sup>28</sup> präferierte *Klöhn* die ebenfalls in der Rechtsprechung entwickelte Frage danach, ob die Mehrheitsklausel „zweckwidrig instrumentalisiert“ worden sei.<sup>29</sup> Damit könne opportunistisches Verhalten sanktioniert werden, ohne auf eine Zumutbarkeitsprüfung zurückzugreifen. Maßgeblich sei, welche spezifischen Investitionen der Gesellschaftsvertrag vorsehe und welches opportunistische Erpressungspotential sich daraus ergebe. Die Treupflichten sollten schließlich bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB zur Disposition der Gesellschafter stehen.

## 6. Fazit

„Wenn die Rechtswissenschaft geschichtswissenschaftliche, (...), philosophische (...) und wirtschaftswissenschaftliche (...) Perspektiven integriert, schöpft sie aus dem Methodenrepertoire der entsprechenden Bezugswissenschaften. Auch dadurch richtet sie unterschiedliche Erkenntnisperspektiven auf ihren Gegenstand und entfaltet so die Vielzahl der Bedeutungsdimensionen des Rechts (...). Die Rechtswissenschaft kann deshalb auf interdisziplinäre Bezüge nicht verzichten.“<sup>30</sup>

Bedürfte dieser Befund des Wissenschaftsrates aus dem Jahr 2012 auf dem Gebiet des Privatrechts noch des Beweises, die diesjährige Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung hätte ihn eindrucksvoll erbracht.

28 Vgl. die Nachweise bei C. Schäfer, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl., München 2013, § 709 Rn. 100 f.

29 Vgl. BGHZ 179, 13 Rn. 25.

30 Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland – Situation, Analysen, Empfehlungen, 9.11.2012, Drs. 2558-12, S. 29.