

Privatrechtsgesellschaft

Herausgegeben von
KARL RIESENHUBER

Walter Eucken Institut

*Untersuchungen zur Ordnungstheorie
und Ordnungspolitik*

53

Mohr Siebeck

Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik

53

Herausgegeben vom
Walter Eucken Institut



Privatrechtsgesellschaft

Entwicklung, Stand und Verfassung
des Privatrechts

Herausgegeben von

Karl Riesenhuber

Mohr Siebeck

Karl Riesenhuber, geboren 1967; Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

Gedruckt mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der Rechtswissenschaft e.V., Bochum.

e-ISBN PDF 978-3-16-151478-4

ISBN 978-3-16-149936-4

ISSN 0083-7113 (Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik)

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

2009 Unveränderte Studienausgabe.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Zum Geleit

Für die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum war es eine große Ehre und eine nicht minder große Freude, das Fakultätsleben durch die Tagung *Privatrechtsgesellschaft* bereichert gesehen zu haben. Gerne nehme ich die Gelegenheit wahr, an dieser Stelle herzlich dafür zu danken. In persönlicher Hinsicht gilt dieser Dank zuvörderst den Referentinnen und Referenten dafür, dass sie den Weg nach Bochum gefunden haben. Allein in der Erlesenheit ihres Kreises sehe ich als Dekan einen Ritterschlag für unsere noch junge Fakultät. Dass Herr *Riesenhuber* uns mit der von ihm initiierten *Ruhr-Akademie für Europäisches Privatrecht* dazu verholfen hat, veranlasst mich, auch ihn in meine Danksagung einzubeziehen.

In sachlicher Hinsicht hat mich der Titel der Tagung sofort elektrisiert, als ich zum ersten Mal davon hörte. Dies mag damit zusammenhängen, dass man sich mit diesem Generalthema jedenfalls als Privatrechtler, wahrscheinlich als Jurist überhaupt, im Alltagsgeschäft letztlich immer befasst. Andererseits findet man kaum einmal Gelegenheit, das Verhältnis des Rechts zu seinem Gegenstand, nämlich der Gesellschaft, und das Verhältnis der Rechtsdogmatik zu den ihr benachbarten wissenschaftlichen Disziplinen, die sich um Erkenntnis über die Gesellschaft in ihrer rechtlich verfassten Form bemühen, in Ruhe zu reflektieren. Vielmehr pflegt man jedenfalls als Zivilist gemeinhin schlicht auf die normative Substanz und auf die Wirkkraft zu vertrauen, die die bürgerliche Rechtsordnung unmittelbar aus sich heraus zu entfalten im Stande ist.

Sicherlich wäre es um die Privatrechtsordnung zum Besten bestellt, wenn sie nicht nur dem Wissenschaftler, sondern auch dem Verkehr keine großen Probleme bereiten würde. Dabei denke ich an eine rechtliche Infrastruktur, auf die man sich möglichst nur in seltenen Ausnahmen unvermeidbarer Konflikte zu besinnen braucht und die selbst dann noch tragfähige Verständigungsgrundlagen bietet. Wir alle wissen, dass der gegenwärtige Rechtszustand diesem Ideal einer Lebensordnung nichts weniger als gerecht wird. Damit bezweifeln wir implizit auch, dass unser Recht den gesellschaftlichen Gegebenheiten angemessen ist, womit sich die Aufgabe stellt, beides einander möglichst (wieder) anzunähern. Letzteres kann und muss im Detail zwar nur die Rechtsdogmatik leisten, aber sie bedarf dafür auch der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Rahmenbedingungen. Auf der Tagung *Privatrechtsgesellschaft* wurde um Antworten auf eben diese Grundfragen gerungen. Es wäre unverzeihlich, ihre Re-

ferate und Diskussionsbeiträge der breiteren Öffentlichkeit vorzuenthalten. Vielmehr werden sie hier in der Hoffnung veröffentlicht, dass sie im fachwissenschaftlichen Diskurs nachhallen mögen.

Bochum, im Juli 2007

Peter A. Windel

Vorwort

Im Anschluss an einen Vortrag *Ernst-Joachim Mestmäcker* über *Franz Böhm* stellte *Klaus Adomeit* die Frage: Wie steht es heute eigentlich um die Privatrechtsgesellschaft? In der Tat waren gerade in den vergangenen Jahren legislative und judikative Entwicklungen wiederholt Anlass, nachzudenken über „verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft“ (*Canaris*), über „das Privatrecht im Rechtssystem einer ‚Privatrechtsgesellschaft‘“ (*Bydlinski*) und „die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat“ (*Zöllner*). Als nach Verabschiedung des AGG beschwichtigend gesagt wurde, davon werde das Abendland nicht untergehen, bemerkte *Picker*: „Als Raum einer freien Privatrechtsgesellschaft, die sich durch die Autonomie ihrer Mitglieder definiert, wird dieses Land freilich nicht mehr viele Gesetze verkraften, die man nach solchen makabren legislatorischen Maßstäben durchwinkt.“ *Franz Böhm* hat mit seinem Beitrag aus dem Jahr 1966 zentrale Fragen auf den Begriff gebracht, wenn er dort von *Privatrechtsgesellschaft* spricht. Er hat damit, wie es *Ernst-Joachim Mestmäcker* ausgedrückt hat, den Blick auf die Grundlagen unseres Fachs gelegt: Grundlagen des Zivilrechts, aber auch des Rechtssystems als Ganzem. Es geht darum, die dem inneren System unseres Privatrechts zugrunde liegenden Prinzipien hervorzuheben, gerade auch für Gesetzgebung und Rechtsprechung.

In diesem Band werden die Beiträge zu der am 21. und 22. April 2007 an der Ruhr-Universität Bochum veranstalteten Tagung abgedruckt. Die Veranstaltung wurde durch die großzügige Förderung der *Fritz Thyssen Stiftung* ermöglicht, der Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft e. V. (Förderverein der juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum) hat die Publikation der Vorträge durch einen Druckkostenzuschuss unterstützt. Bei der Vorbereitung haben mich meine Mitarbeiter in vielfältiger Weise unterstützt. Besonders die Herren Referendare *Alexander Jüchser* und *Frank Rosenkranz* haben das Projekt in Konzeption und Durchführung begleitet und mir als ständige Gesprächspartner gedankenreiche Anregungen gegeben. Bei der Veranstaltung selbst haben Frau Referendarin *Katharina Ziegler* und Herr Referendar *Martin Bredol* engagiert mitgewirkt, ebenso wie meine Hilfskräfte stud.iur. *Ulrike Koch*, cand.iur. *Sarah Rohde*, cand.iur. *Alexander Roos* und stud.iur. *Hans Schimmeck*. Die praktische Durchführung und Organisation lag weithin in den Händen meiner Sekretärin Frau *Gabriele Bahl*, die alle kleineren und größeren

Klippen mit Ruhe und Humor souverän umschiffte hat. – Allen danke ich sehr herzlich.

Bochum, im Juli 2007

Karl Riesenhuber

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort	V
Vorwort.	VII
Autorenverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis.	XV
§ 1 Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts <i>von Karl Riesenhuber</i>	1
1. Teil: Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft	
§ 2 Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft <i>von Ernst-Joachim Mestmäcker</i>	35
§ 3 Privatrecht und Gesellschaft <i>von Wolfgang Zöllner</i>	53
Diskussionsbericht <i>von Martin Bredol</i>	75
2. Teil: Grundlagen: Verfassungs- und Europarecht, Ökonomische Theorie	
§ 4 Verfassungsrechtliche Grundlagen der „Privatrechtsgesellschaft“ <i>von Paul Kirchhof</i>	83

§ 5	Europa- und wirtschaftsrechtliche Grundlagen der Privatrechtsgesellschaft <i>von Stefan Grundmann</i>	105
§ 6	Privatrechtsgesellschaft und Ökonomische Theorie <i>von Viktor Vanberg</i>	131
	Diskussionsbericht <i>von Frank Rosenkranz</i>	163
3. Teil: Wirkkraft der Theorie im heutigen Recht		
§ 7	Kartell- und Wettbewerbsrecht <i>von Wulf-Henning Roth</i>	175
§ 8	Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht. Zur wachsenden Freiheitsbedrohung im Recht und durch Recht <i>von Eduard Picker</i>	207
§ 9	Die Theorie der Privatrechtsgesellschaft. Wirkkraft der Theorie im heutigen Familienrecht <i>von Dagmar Coester-Waltjen</i>	271
	Diskussionsbericht <i>von Katharina Ziegler</i>	295
§ 10	Privatrechtsgesellschaft und Arbeitsrecht <i>von Klaus Adomeit</i>	303
§ 11	Die Privatrechtsgesellschaft im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts <i>von Barbara Grunewald</i>	311
	Diskussionsbericht <i>von Katharina Ziegler</i>	323

4. Teil:		
Theorienrezeption und Rechtsvergleichung		
§ 12	Privatrechtsgesellschaft in Griechenland <i>von Apostolos Georgiades</i>	333
§ 13	Die Privatrechtsgesellschaft und die Angleichung des Europäischen Vertragsrechts. Ein rechtsvergleichender Rückblick und eine rechtspolitische Diagnose <i>von Filippo Ranieri</i>	355
	Diskussionsbericht <i>von Alexander Jüchser</i>	379
	Literaturhinweise (Auswahl)	383
	Personen- und Sachregister	389

Autorenverzeichnis

<i>Klaus Adomeit</i>	Dr. iur., em. o. Professor an der Freien Universität Berlin
<i>Martin Bredol</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Dagmar Coester-Waltjen</i>	Dr. iur., LL.M., o. Professorin an der Ludwig-Maximilians-Universität München
<i>Apostolos Georgiades</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., em. o. Professor an der Universität Athen, Mitglied der Akademie von Athen
<i>Stefan Grundmann</i>	Dr. iur., Dr. phil., LL.M., o. Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Barbara Grunewald</i>	Dr. iur., o. Professorin an der Universität zu Köln
<i>Alexander Jüchser</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum, Rechtsref. am OLG Hamm
<i>Paul Kirchhof</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., Richter am Bundesverfassungsgericht a.D., o. Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
<i>Ernst-Joachim Mestmäcker</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., Dr. rer. pol. h.c., em. Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, em. o. Professor an der Universität Hamburg
<i>Eduard Picker</i>	Dr. iur., o. Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
<i>Filippo Ranieri</i>	Dr. iur., o. Professor an der Universität des Saarlandes, Chargé de Cours á la Faculté de Droit Strasbourg
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr. iur., M.C.J., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Frank Rosenkranz</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität Bochum, Rechtsref. am OLG Hamm
<i>Wulf-Henning Roth</i>	Dr. iur., LL.M., o. Professor an der Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
<i>Viktor J. Vanberg</i>	Dr. phil., Dr. phil. habil., o. Professor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau, Direktor des Walter Eucken-Instituts, Freiburg i.B.
<i>Peter A. Windel</i>	Dr. iur., Professor an der Ruhr-Universität Bochum, Dekan der Juristischen Fakultät
<i>Katharina Ziegler</i>	Wiss. Mitarbeiterin an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Wolfgang Zöllner</i>	Dr. iur., Dr. iur. h.c., em. o. Professor an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AbzG	Abzahlungsgesetz
A. C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Jahrgang [Jahr], Seite)
a.D.	außer Dienst
AdoptVermG	Adoptionsvermittlungsgesetz
a. E.	am Ende
AE-EuVGB	Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler („Akademieentwurf“)
AG	1. Aktiengesellschaft; 2. Die Aktiengesellschaft (Jahr, Seite)
a. F.	alte Fassung (s. a. n.F.)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
a. M.	anderer Meinung
Am.J.Comp.L.	The American Journal of Comparative Law (Jahrgang [Jahr], Sei- te)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Jahrgang [Jahr], Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbuR	Arbeit und Recht – Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis (Jahr, Sei- te)
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
AStV	Ausschuss der Ständigen Vertreter (s. Art. 207 Abs. 1 EG), s. a. CoRePer
Aufl.	Auflage
B2B	Unternehmer-Unternehmer Vertrag (s. a. B2C, C2C)
B2C	Unternehmer-Verbraucher Vertrag (s. a. B2B, C2C)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BauGB	Baugesetzbuch

BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
BB-Special	Betriebsberater-Special (Nr./Jahr, Seite)
Bd.	Band
BE	Begründungserwägung; die Gründe, mit denen gem. Art. 253 EGV Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen zu versehen sind
Beitr.	Beiträge
bes.	besonders
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BewG	Bewertungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Sammlung, Jahr, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BJIL	Berkeley Journal of International Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
BKR	Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
B. L.Rev.	Business Law Review (Jahr, Seite)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt; Teil I: Veröffentlichung des Bundesministeriums der Finanzen; Teil II, III: Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BT-Plenarprot.	Bundestags-Plenarprotokolle
B. U. L.Rev.	Boston University Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C2C	Verbraucher-Verbraucher Vertrag (s. a. B2B, B2C)
Cambr.L.J.	Cambridge Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
CDU	Christlich Demokratische Union
ch.	chapter
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CLAB	clauses abusives
CMLR	Common Market Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
Col.J.Eur.L.	Columbia Journal of European Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
CoRePer	Comité des Représentants Permanents (s. a. AStV)
CR	Computer und Recht (Jahr, Seite)
Curr.Leg.Prob.	Current Legal Problems (Jahrgang [Jahr], Seite)
dän.	dänisch
das.	dasselbe
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DDR	Deutsche Demokratische Republik

dems.	demselben
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe/n
DM	Deutsche Mark
DN _{ot} Z	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik (Jahr, Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft (Jahr, Seite)
ebd.	ebenda
EBOR	European business organization law review (Jahr, Seite)
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EEC	European Economic Community
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. 10. 1997
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Vertrags über die Europäische Union vom 7. 2. 1992 (Maastrichter Fassung)
EheRRefG	Eherechtsreformgesetz
ELJ	European Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
E. L. Rev.	European Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
engl.	englisch
ErbStG	Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuergesetz
ERCL	European Review of Contract Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	ecetera
EU	1. Europäische Union; 2. Nach Bezeichnung eines Artikels: EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union, Konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. 10. 1997
EuGH	Europäische Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Jahr, Seite)
EuLF (UK)	The European Legal Forum – englische Ausgabe (Jahr, Seite)
EuLF	The European Legal Forum – deutsche Ausgabe (Jahr, Seite)
EUV	EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union vom 7. 2. 1992 (Maastricht-Vertrag)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)

EVÜ	Europäisches Vertragsrechtsübereinkommen
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
f., ff.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung (Nr. Datum, Seite)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Nr. Datum, Seite)
FDP	Freie Demokratische Partei
FGB	Familiengesetzbuch (der DDR)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GLJ	German Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau (Jahr, Seite)
GPR	Gemeinschaftsprivatrecht (Jahr, Seite)
gr.	griechisch
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbs-Beschränkungen
Harv.Int.L.J.	Harvard International Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
IAS	International Accounting Standards
ibid	ibidem
ICLQ	International and Comparative Law Quaterly (Jahrgang [Jahr], Seite)
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Einzelnen
i.Erg.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
i.H.v.	in Höhe von
ILJ	The Industrial Law Journal (Jahr, Seite)
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung

Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
i.O.	im Original
IPR	Internationales Privatrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (Entscheidungssammlung; Jahr, lfd. Nr.)
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
it.	italienisch(e/r)
Ius Commune	Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a. M. (Jahrgang [Jahr], Seite)
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JbJZ	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Tagungsjahr, Seite)
JBL	The Journal of Business Law (Jahr, Seite)
JBl.	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
J.Contract L.	Journal of Contract Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.Crim.L.	The Journal of Criminal Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
JherJB	Jherings Jahrbücher (Jahrgang [Jahr], Seite)
JIBL	Journal of International Business Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
J.Legal Stud.	Journal of Legal Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JRP	Journal für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
jur.	juristisch/e
JURA	Juristische Ausbildung (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KG	Kommanditgesellschaft
KOM	Dokument der Europäischen Kommission (KOM[Jahr]Nummer)
krit.	kritisch
KStG	Körperschaftssteuergesetz
Leg.Stud.	Legal Studies, The Journal of the Society of Public Teachers of Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
LFZG	Lohnfortzahlungsgesetz
Lit.Verz.	Literaturverzeichnis
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LQR	Law Quaterly Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
LS	Leitsatz
l.Sp.	linke Spalte (s. a. r.Sp.)
Ltd.	limited
m.a.W.	mit anderen Worten
MdB	Mitglied des Bundestages
m.E.	meines Erachtens
Mich.L. R.	Michigan Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
MLR	Modern Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)

MMR	Multimedia und Recht, Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (Jahr, Seite)
m.N.	mit Nachweisen
MoMIG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde/n
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweise
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung (Jahr, Seite)
Northw.J.In.L.Bus.	Northwestern Journal of International Law and Business
Nr.	Nummer
NS	nationalsozialistisch
NWB	Neue Wirtschafts-Briefe (Jahr, Fach, Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht (Jahr, Seite)
o.	oben
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGE	Entscheidungen der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahr, Seite)
Oxf.J.Leg.Stud.	Oxford Journal of Legal Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
Oxf.Rev.Econ.Pol.	Oxford Review of Economic Policy (Jahrgang [Jahr], Seite)
Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
PartG	Parteiengesetz
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
pr.ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Proc.Brit.Acad.	Proceedings of the British Academy (Jahrgang [Jahr], Seite)
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte
PStG	Personenstandsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Jahr, Seite)
RegE	Regierungsentwurf
Rev.trim.dr.civ.	Revue trimestrielle de droit civil (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International (Jahr, Seite)
RJA	Reichsjustizamt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer; im Zusammenhang mit Entscheidungen des EuGH

	regelmäßig (außer bei älteren Entscheidungen) zur Verweisung auf die Absätze der Entscheidungsgründe verwandt (s. a. Tz.)
Rs.	Rechtssache (Aktenzeichen des EuGH)
r.Sp.	rechte Spalte (s. a. l.Sp.)
S./s.	1. Siehe/siehe; 2. Seite; 3. Satz
s. a.	siehe auch
sc.	silicet (d. h., nämlich)
SchlA	Schlussanträge
SGB	Sozialgesetzbuch
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannte/r/s
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschland
StAZ	Zeitschrift für Standesamtswesen (Jahr, Seite)
StrEG	Gesetz über die Entschädigung von Strafverfolgungsmaßnahmen
StuW	Steuern und Wirtschaft; Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften (Jahr, Seite)
Stud.Gen.	Studium Generale (Jahr, Seite)
TranspR	Transportrecht (Jahr, Seite)
Tz.	Textzahl
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.	unten
u. a.	1. unter anderem; 2. und andere(r)
u. ä.	und ähnliche
u. a. m.	und andere(s) mehr
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
Urt.	Urteil
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Va.L.Rev.	Virginia Law Review (Jahr [Jahrgang], Seite)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
verb.Rs.	verbundene Rechtssachen (s. a. Rs.)
Verf.	1. Verfassung; 2. Verfasser
VersR	Versicherungsrecht (Jahr, Seite)
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht (Jahr, Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Jahrgang [Jahr], Seite)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Volkswagen
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Jahr, Seite)
WLR	Weekly Law Reports ([Jahr] Band, WLR, Seite)
WM	Wertpapiermitteilungen (Jahr, Seite)

WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapier-Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTO	Welthandelsorganisation
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht (Jahr, Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Jahrgang [Jahr] Seite)
z. B.	zum Beispiel
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr, Seite)
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Jahr, Seite)
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (Jahr, Seite)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung, Vierteljahresschrift für staatliche und kommunale Rechtsetzung (Jahr, Seite)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr, Seite)
z.T.	zum Teil
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Jahr, Seite)

Karl Riesenhuber

§ 1 Privatrechtsgesellschaft: Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht

Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts

„Die ‚Strukturen und Wertprinzipien, für die der Begriff Privatrechtsgesellschaft als Kurzformel steht‘, müssen verdeutlicht, verteidigt und wiedergewonnen werden.“¹

Übersicht

I. Privatrechtsgesellschaft: Analyse und Programm	2
II. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft	3
1. Die Konzeption Böhm's	3
2. Merkmale der Privatrechtsgesellschaft	4
a) Die Stellung des Privatrechts im Rechtssystem	4
b) Privatrechtsgesellschaft und Sozialstaat	6
c) Das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip	7
d) Vorgenommene Regulierung als Daueraufgabe	8
e) Das Prinzip der Selbstverantwortung	9
f) Das Prinzip der zweiseitigen Begründung	9
3. Die gesellschaftsprägende Rolle des Privatrechts	11
III. Die heutige Privatrechtsgesellschaft	11
1. Der primärrechtliche Rahmen	12
a) Wirtschaftspolitische Grundentscheidungen	12
b) Die Grundfreiheiten als Gewährleistung der Privatautonomie und Deregulierungsanreize: Die Selbstverantwortung im Binnenmarkt	14
c) Drittwirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten?	15
2. Regulierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber	17
a) Das sekundärrechtliche Modell des Europäischen Vertragsrechts	18
b) Diskriminierungsverbote im Privatrecht	18
3. Die mitgliedstaatliche Ebene	20
a) Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Regulierung	20
b) Autonome Regulierung	21

¹ Zöllner, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996), S. 39.

4. Materialisierung des Rechts – Entmaterialisierung der Freiheit	22
5. Das Privatrecht und seine Gesellschaft: „Our’s is a culture of complaints“	23
IV. Gang der Erörterung	24
1. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft	24
2. Verfassungs- und europarechtliche sowie ökonomische Grundlagen . . .	25
3. Die Privatrechtsgesellschaft in einzelnen Rechtsgebieten.	27
a) Kartellrecht	27
b) Bürgerliches Recht	28
c) Arbeitsrecht	30
d) Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht	30
e) Rechtsvergleichung, Rechtsangleichung, Europäisches Privatrecht . .	31

I. Privatrechtsgesellschaft: Analyse und Programm

Die auf *Franz Böhm* zurückgehende Lehre von der Privatrechtsgesellschaft begründet, dass das Privatrecht infolge der Französischen Revolution zugleich zu einem wesentlichen Element der Gesellschaftsordnung geworden ist. Damit wird die fundamentale Bedeutung des Privatrechts in der Rechtsordnung hervorgehoben. Ausgehend von der Analyse ist „Privatrechtsgesellschaft“ aber auch Programm.

Für eine Besinnung auf die Bedeutung des Privatrechts bot in jüngerer Vergangenheit vor allem der Zugriff des (Europäischen) Gesetzgebers Anlass: insbesondere die Ausbreitung des Verbraucherschutzes und die Einführung und Erweiterung von Diskriminierungsverboten. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft weitet den Blickwinkel und führt vor Augen, dass Eingriffe in das Privatrecht über den Einzelpunkt hinaus weiterreichende Bedeutung haben für das Rechtssystem und die Gesellschaftsordnung als Ganze.

In dem vorliegenden Band wird die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft in ihren theoretischen Grundlagen, ihrer andauernden Bedeutung und ihrer Wirkkraft im geltenden Recht entfaltet und auch verteidigt. Ihre verfassungs- und europarechtlichen sowie die ökonomischen Grundlagen werden erörtert. Stand und Verfassung der deutschen Privatrechtsordnung werden exemplarisch für einzelne Rechtsgebiete untersucht. Der Einfluss der Lehre auf ausländische Rechtsordnungen und die gemeinschaftsrechtliche und gemeineuropäische Rechtsentwicklung wird hervorgehoben.

II. Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft

1. Die Konzeption Böhms

Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft geht zurück auf einen Beitrag von Franz Böhm² über „Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft“ aus dem Jahr 1966.³ Aus einer weit reichenden historisch-theoretischen Untersuchung begründet er, dass die Gesellschaftsordnung infolge der Französischen Revolution die einer Privatrechtsgesellschaft sei. Was darunter zu verstehen ist, definiert Böhm nicht abschließend, sondern umschreibt es durch die Hervorhebung der wesentlichen Entwicklungsschritte und typenprägenden Merkmale.⁴

Ziel der Französischen Revolution war, wie Böhm darlegt, negativ eine Überwindung der herrschenden Ständeordnung. Die angestrebte neue Gesellschaftsordnung sei freilich nur wenig explizit ausgedacht gewesen, doch habe ihr zentrales Element in der Gleichberechtigung aller Menschen gelegen. Man wollte eine Gesellschaft Gleichberechtigter, „deren Mitglieder einander nicht über- oder untergeordnet (subordiniert), sondern gleichgeordnet (koordiniert) sind“⁵, eine Gesellschaft von „Gleichfreien und Gleichberechtigten“⁶. Damit wurde das Privatrecht zur rechtlichen Ordnung dieser neuen Gesellschaft: Die durch die Überwindung der überkommenen Herrschaftsverhältnisse entstandenen Freiräume führten nämlich durchaus nicht zu einem rechtlichen Vakuum. Vielmehr wurden sie rechtlich durch das bereits vorbestehende Privatrecht gefüllt.⁷ War das Grundelement der neuen Gesellschaftsordnung die Gleichberechtigung, so folgte daraus zugleich eine inhaltliche Vorgabe für das Privatrecht. Es sollte „künftig im Bereich der Gesellschaft nur noch eine einzige, für alle glei-

² Zu Böhm etwa *Mestmäcker*, in: Grundmann/Riesenhuber (Hrsg.), *Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler – Band 1* (in Vorb. für 2007); *Nörr*, *An der Wiege deutscher Identität nach 1945: Franz Böhm zwischen Ordo und Liberalismus* (1993); *Zieschang*, *Das Staatsbild Franz Böhms* (2003).

³ Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, *ORDO* 17 (1966), 75–151; s. a. schon *ders.*, in: *Mestmäcker* (Hrsg.), *Reden und Schriften – über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung* (1960), S. 104–106. Übersicht etwa bei *Bydlinski*, *Privatrechtsgesellschaft und Rechtssystem*, in: K. Schmidt u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Raisch* (1995), S. 7–23; *ders.*, *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, *AcP* 194 (1994), 319, 326–329; *Canaris*, *Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft*, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), *Festschrift für Lerche* (1993), S. 873–891; *Mayer-Maly*, *Raumordnung und Privatrechtsgesellschaft* (1973), S. 15; *Zöllner* (Fn. 1), S. 20–25.

⁴ *Canaris*, *FS Lerche* (1993), S. 873, 874, versteht unter „Privatrechtsgesellschaft“ denn auch eher einen Typus i. S. Max Webers, der sich nicht in einer knappen Formel definieren lasse.

⁵ Böhm, *ORDO* 17 (1966), 75. S. a. *Mestmäcker*, *Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft* (1989) = in: *ders.*, *Recht in der offenen Gesellschaft* (1993), S. 11, 18 f.

⁶ Böhm, *ORDO* 17 (1966), 75–151; *Vanberg*, in diesem Band, § 6 I (S. 131).

⁷ Böhm, *ORDO* 17 (1966), 75. S. a. *Hesse*, *Verfassungsrecht und Privatrecht* (1988), S. 10 f.; *Nörr*, *Eher Hegel als Kant* (1991), S. 11.

che Zuständigkeit des Planens und Handels geben, nämlich die Privatautonomie“⁸.

Das Privatrecht wurde demnach zum rechtlichen Rahmen für die Rechtsbeziehungen der Menschen untereinander. Es ist das Instrument, mit dessen Hilfe Gleichberechtigte ihre Verhältnisse zueinander ordnen. Privatrecht gab es freilich seit alters, längst vor der Französischen Revolution. Indes kam ihm zuvor eine andere, bloß lückenfüllende Funktion zu: Nur dort, wo die Stände- oder Feudalordnung dazu ausnahmsweise Raum beließ, kam das Privatrecht zum Zuge.⁹ In der neuen Gesellschaftsordnung ist das anders: Das Privatrecht stellt nun die Grundordnung für das Verhältnis der Einzelnen zueinander dar. Die Bezeichnung als Privatrechtsgesellschaft bringt zum Ausdruck, dass das Privatrecht nicht nur einen rechtlichen Rahmen für Individualbeziehungen begründet, sondern eine Gesellschaftsverfassung.

Privatrecht sieht *Böhm* indes nicht nur als das prägende Charakteristikum der Gesellschaftsordnung an. Privatrecht ist zugleich eine ihrer zentralen Einrichtungen; *Böhm* benennt daneben weiterhin die Sprache und das Marktpreisystem.¹⁰ Diesen Einrichtungen kommt die wichtige Aufgabe als „Signalsysteme“ zu.¹¹ Die Signale der Einrichtungen haben für die Gesellschafter einen Instruktionwert im andauernden Lernprozess des *trial and error*. Sie koordinieren darüber hinaus die Vielzahl der Individualpläne und erfüllen so eine gesellschaftliche und wirtschaftliche Lenkungsfunktion.¹²

2. Merkmale der Privatrechtsgesellschaft

a) Die Stellung des Privatrechts im Rechtssystem

Die wesentlichen Merkmale der Privatrechtsgesellschaft und des Privatrechts sind die Gleichberechtigung aller Mitglieder der Gesellschaft, die Gewährleistung des Eigentums, die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit.¹³ Diese Merkmale sind nicht nur für die Gesellschaftsordnung konstituierend, sondern

⁸ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80.

⁹ S. a. *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Bd. II – Das Rechtsgeschäft (4. Aufl. 1992), S. 1: „Es gibt keine Rechtsordnung ohne Privatautonomie. In einer sozialistischen Ordnung ist allerdings die Privatautonomie auf einen engen Raum beschränkt. Denn soweit es keine privaten Rechtsverhältnisse gibt, besteht auch keine Möglichkeit der einzelnen zur Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung.“; *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 327–329.

¹⁰ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 88. S. a. *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 325.

¹¹ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91–93.

¹² *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 93–98.

¹³ S. a. *Picker*, in diesem Band, § 8 I.1. (S. 209), der die besondere Bedeutung der Freiheit als vorgegebenen Wert hervorhebt, die Gleichheit demgegenüber als Mittel zum Zweck kennzeichnet.

haben (schon nach der Konzeption *Böhms*)¹⁴ zugleich einen verfassungsrechtlichen Bezug.¹⁵ Weitergehend bedeutet die Kennzeichnung als Privatrechtsgesellschaft eine „Zuordnung des Privatrechts zur politischen Verfassung und zur Wirtschaftsordnung“¹⁶.

Die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft ist gerade in jüngerer Zeit wiederholt aufgegriffen und vertieft oder konkretisiert worden.¹⁷ Insbesondere *Canaris* hat die Privatrechtsgesellschaft kürzlich näher gekennzeichnet.¹⁸ Neben Privatautonomie, Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Privateigentum hebt er die privatrechtliche Verfasstheit der Familie sowie das Erbrecht als weitere Kennzeichen hervor: Elemente, die die Grundpfeiler des deutschen BGB darstellen und die im Ansatz auch verfassungsrechtlich garantiert und durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gesichert sind. *Picker* weist darauf hin, dass zur Sicherung der Privatautonomie nicht nur die rechtsgeschäftliche Vertragsfreiheit zählt, sondern die allgemeine Handlungsfreiheit, wie sie durch heteronome Bindungen im Vertragsrecht ebenso wie im Deliktsrecht oder anderen Rechtsbereichen eingeschränkt wird.¹⁹ *Bydlinski* hat das Subsidiaritätsprinzip als ein grundlegendes Prinzip der Privatrechtsgesellschaft benannt: „Als rechtliches Hauptmerkmal einer ‚Privatrechtsgesellschaft‘ lässt sich danach die Existenz nicht irgendeines, sondern eines systematisch gleichrangigen Privatrechts nennen.“²⁰

¹⁴ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 80. S. a. *Mayer-Maly* (Fn. 3); *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873–891.

¹⁵ Eine Nähe von Privatrecht und Verfassungsrecht hervorhebend *Mestmäcker*, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968), 235, 240; zur Einordnung in die konstitutionelle Ökonomik *Vanberg*, in diesem Band, § 6 II. (S. 133 ff.) und *passim*.

¹⁶ *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 234, 241.

¹⁷ Sie hat freilich keine universelle Zustimmung gefunden. S. z. B. *Raiser*, Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1967), S. B 31: „Eine nur auf Isonomia angelegte, vom Rechtsstaat als neutraler Ordnungsmacht in Form gehaltene Privatrechtsgesellschaft, die der hoch geachtete Spätliberale *Franz Böhm* nicht müde wird, uns in eindruckvollen Bildern und Formeln als Idealbild der rechten Zusammenordnung von Staat und Gesellschaft vorzuhalten, entspricht unserer geschichtlichen Wirklichkeit nicht mehr.“; *ders.*, Die Zukunft des Privatrechts (1971), S. 26 Fn. 26 = in: *ders.* Die Aufgabe des Privatrechts (1977), S. 221 f. und 233 (Fn. 26).

¹⁸ *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873–891.

¹⁹ *Picker*, in diesem Band, § 8 I.1.c) (S. 214) und *passim*; s. schon *ders.*, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, AcP 183 (1983), 369–520, bes. 470–473; ebenso *Zöllner*, in diesem Band, § 3 II.5. (S. 61 f.).

²⁰ *Bydlinski*, FS Raisch (1995), S. 21; *ders.*, AcP 194 (1994), 319, 327; kritisch gegenüber der Lehre (Bezeichnung) noch *ders.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988), S. 46; *ders.*, Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung, in: Baltl (Hrsg.), Festschrift für Wilburg (1975), S. 62–64 (mangelnde Unterscheidungskraft der Bezeichnung). Zum Subsidiaritätsprinzip der Sache nach auch *Mayer-Maly* (Fn. 3), S. 15; *Zöllner* (Fn. 1), S. 25; *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 577 f.; *Rittner*, Über den Vorrang des Privatrechts, in: Dieckmann/Frank/Hanisch/Simitis (Hrsg.), Festschrift für Müller-Freienfels (1986), S. 509–524 („Vorrang des Privatrechts“); *Hesse* (Fn. 7), S. 37; s. a. *Grundmann*, in

b) *Privatrechtsgesellschaft und Sozialstaat*

Freilich ist nicht zu verkennen, dass schon *Böhm* die Privatrechtsgesellschaft keineswegs als libertäre Ordnung verstanden hat. Stand die Freiburger Schule auch in einer liberalen Tradition, so grenzte sie sich doch von einem *Laissez faire*-Liberalismus ab.²¹ Dem Staat maß sie allerdings nur bescheidene, indes für die Systemerhaltung zentrale Aufgaben zu:²²

„Ohne Obrigkeit kann auch die Privatrechtsgesellschaft nicht auskommen, selbst wenn sie sich nicht gegen äußere oder innere Gefahren zu behaupten hätte. Das bloße Funktionieren ihres eigenen Kreislaufes bedarf einer Wartung, die sie nicht aus sich selbst heraus bewerkstelligen kann. (...) Die Privatrechtsgesellschaft bedarf, damit die Privatrechtsordnung die Pläne aller ihrer Mitglieder systemgerecht koordinieren kann, einer Mitwirkung politischer Herrschaftsfunktionen, wenn auch nur in bescheidenem Umfang und wenn auch bloß pfleghaftgärtnerischen Charakters. Sie braucht, im Interesse ihres Kreislaufs, einen bewaffneten Nachwächter; im Übrigen aber werden die Pläne ihrer Mitglieder *mit Hilfe des Privatrechts* geräuschlos, automatisch und mit einem erstaunlichen Minimum von Reibungs- und Ungehorsamswiderstand gelenkt.“²³

Die Aufgabe des Staats liegt danach insbesondere darin, die grundlegenden Institutionen der Privatrechtsgesellschaft zu sichern, insbesondere einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten.²⁴ Vom Boden der Privatrechtsgesellschaft werden dem Staat aber auch weiterreichende regulierende Aufgaben zugesprochen, nämlich zur Gewährleistung der individuellen Freiheit bzw. zum Schutz vor ihrer inneren Aushöhlung.²⁵ Privatrechtsgesellschaft und Sozialstaat sind demnach nicht prinzipiell unvereinbar.²⁶ – „Privatrechtsgesellschaft heißt nicht, den Sozialstaat abschaffen, sondern ihn auf die richtige Weise verwirklichen.“²⁷

diesem Band, § 5 II.1. (S. 109f.); *Zöllner*, in diesem Band, § 3 II.1. (S. 58f.) und IV.2.a) (S. 64f.).

²¹ S. a. *Vanberg*, in diesem Band, § 6 V. (S. 142 ff.).

²² Näher W.-H. *Roth*, in diesem Band, § 7 (S. 175 ff.) mit Hinweisen zur Entwicklung in *Böhms* Haltung.

²³ *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 87 f.

²⁴ Eingehend W.-H. *Roth*, in diesem Band, § 7 (S. 175 ff.).

²⁵ *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat (1999), S. 149–166, bes. 150f. und 154 (zur unmittelbaren Drittwirkung der Menschenwürde), S. 157 (zur Ablehnung einer unmittelbaren Drittwirkung der sonstigen Grundrechte).

²⁶ *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873, 880 f.; *Neuner* (Fn. 25), S. 1, 150 f. und öfter; *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht (2. Aufl. 2006), Rn. 952 f. und öfter.

²⁷ *Zöllner*, in diesem Band, § 3 IV.3.d) (S. 68).

c) Das Subsidiaritätsprinzip und das Verhältnismäßigkeitsprinzip

Indes weist das von *Bydlinski* hervorgehobene Subsidiaritätsprinzip²⁸ darauf hin, dass mit der Privatrechtsgesellschaft ein Verhältnis von Freiheit und Fürsorge zumindest in der Tendenz vorgegeben ist. Das betrifft zum einen das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht: die Erhaltung eines systematisch gleichrangigen Privatrechts als Raum für die Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch die Einzelnen in einem relativ staatsfernen Bereich.²⁹ Die konkreten Gefahren, die gerade hier bestehen, illustriert exemplarisch die Frage *Mayer-Maly's*: „Wird die Privatrechtsgesellschaft durch die Raumordnung“ – also durch ein kräftiges planerisches Element – „aus den Angeln gehoben?“³⁰ Das Subsidiaritätsprinzip lässt sich aber auch für die Ausgestaltung des Privatrechts fruchtbar machen. Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Verbürgung der grundlegenden Freiheiten der Privatrechtsgesellschaft ergibt sich, wie *Canaris* exemplarisch erörtert, eine entsprechende Tendenz aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Kernbereich der Grundrechte (im Beispiel: der Vertragsfreiheit).³¹

So kann man aus dem Subsidiaritätsprinzip Maximen für die – legislatorische oder judikative – Regulierung ableiten. Zuerst folgt daraus, dass was privat geregelt werden kann auch privat geregelt werden soll.³² Eingriffe in die Privatautonomie bedürfen der spezifischen Begründung. Das heißt nicht nur, dass sie einem legitimen Interesse dienen müssen, sondern dass das Interesse gerade im Hinblick auf das Privatrechtsverhältnis und die fundamentale Bedeutung der Privatautonomie als legitim zu bewerten ist. Ein Eingriff in die Privatautonomie bedarf daher zunächst einer formalen Begründung: Greift der Gesetzgeber in die Privatautonomie ein, so muss er das offen legen und dafür einen Grund angeben. Vor allem aber ist eine punktgenaue materielle Begründung geboten, die die geschützten Interessen als legitim ausweist und darlegt, dass der Schutz über das Erforderliche nicht hinausgeht. Dafür reicht die – auch intellektuell

²⁸ Oben, II.2.a) a. E. mit Fn. 20.

²⁹ *Bydlinski*, FS Raisch (1993), S. 7, 21; *ders.*, AcP 194 (1994), 319–351; *Rittner*, FS Müller-Freienfels (1986), S. 509–524. S. a. v. *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (Neuausgabe 2003), S. 135–138, 181.

³⁰ *Mayer-Maly* (Fn. 3), S. 15. Einen zunehmenden Planungsoptimismus, wie er für das Vertragsrecht der 1980er Jahre kennzeichnend war, konstatiert heute für das Vertragsrecht *Callies*, Informationspflichten im deutschen und europäischen Vertragsrecht, in: *Riesenhuber/Nishitani* (Hrsg.), *Wandlung oder Erosion der Privatautonomie?* (2007), § 5 II. (S. 105 ff.); er kennzeichnet die Entwicklung schlagwortartig: „Vom BGB zum BauGB: ‚Berlin & Brussels Social Engineering‘ (BSE)“.

³¹ *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873, 879 f., 887–891. S. a. *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 348 f.; *Zöllner* (Fn. 1), S. 45–48.

³² Ebenso *Zöllner*, in diesem Band, § 3 II.3 (S. 59).

unbefriedigende – Berufung auf ein „strukturelles Ungleichgewicht“, „ungleiche Macht“ oder „soziale Schwäche“ nicht aus.³³

Bei der inhaltlichen Ausgestaltung sind solche Instrumente zu bevorzugen, die Selbstregulierung aufgrund Selbstbestimmung ermöglichen. Im Hinblick auf den Schutz der Selbstbestimmung im Vertragsrecht entspricht dem eine Abstufung der Schutzinstrumente: Markt (Kartellrecht, Lauterkeitsrecht) – Informationspflichten – Widerrufsrechte – Inhaltskontrolle.³⁴ Prozedurale Mechanismen sind materiellen Vorgaben vorzuziehen.³⁵ Soweit bei der Regulierung eine Pauschalierung vorgenommen wird, bedarf auch diese der spezifischen Begründung und muss einer Überprüfung auf ihre Verhältnismäßigkeit unterliegen.

Im Hinblick auf Diskriminierungsverbote – also gleichsam gegenläufig – hat der EuGH in der Entscheidung *Mangold*³⁶ die Beurteilung von Pauschalierungen nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz exemplarisch vor Augen geführt. Dort war die erleichterte Zulassung einer Altersbefristung nach deutschem Recht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verbot der Altersdiskriminierung zu überprüfen. Der Gerichtshof anerkannte die beschäftigungspolitische Motivation der Regelung als legitimes Interesse, beanstandete aber gleichwohl die *Pauschalierung*, mit der alle Arbeitnehmer über 52 Jahren ohne Rücksicht auf ihre Beschäftigungssituation oder Vermittelbarkeit vom regulären Arbeitsmarkt ausgeschlossen wurden. Ebenso sind umgekehrt auch pauschalierende Eingriffe in die Privatautonomie auf Ihre Verhältnismäßigkeit hin zu überprüfen. Die Erforderlichkeit kann hier zum einen mit der Treffsicherheit der Pauschalierung begründet werden, zum anderen mit dem Gewinn an Sicherheit und Klarheit für den Rechtsverkehr (besonders wenn diese wiederum die Selbstbestimmung fördern!).

d) Vorgenommene Regulierung als Daueraufgabe

Anerkennt man Privatautonomie und individuelle Freiheit als Grundsatz, so ergibt sich daraus zugleich, dass die einmal vorgenommene Regulierung in kei-

³³ Pointiert *Zöllner* AcP 196 (1996) 1, 35 („Ungleichgewichtigkeit ist, ungeachtet dessen, daß viele Rechtstheoretiker sie – unmittelbar zu Gott – fühlen oder konstatierten zu können glauben, ein weder in seinen Voraussetzungen beschreibbarer noch meßbarer Sachverhalt.“); auch *ders.*, in diesem Band, § 3 V.3. und 4. (S. 72f.). *Kirchhof* wies in der Diskussion zutreffend darauf hin, dass sich das Bundesverfassungsgericht darauf beschränken kann, im konkreten Fall ein grundrechtswidriges *Ergebnis* festzustellen ohne dabei die zugrunde liegenden spezifischen Gründe zu analysieren; letzteres ist v. a. Aufgabe von Gesetzgebung und Wissenschaft. Freilich folgt daraus zugleich ein Gebot des *self restraint* für das Verfassungsgericht im Hinblick auf die Begründung.

³⁴ *Grundmann*, Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1133–1143. S. a. *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung? (1983).

³⁵ *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 283 ff.

³⁶ EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981.

nem Fall als Erfüllung einer sich im Einzelakt erschöpfenden Aufgabe angesehen werden kann, sondern stets nur der erste Schritt für eine Daueraufgabe ist, die erst mit der Rücknahme der Regulierung erledigt ist. Regulierung erfordert die andauernde Überprüfung auf ihre andauernde Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeit. Das gilt in besonderem Maße für solche Regelungen, mit denen der Gesetzgeber auf neuartige technische oder soziale Entwicklungen reagiert. Rechtsetzungstechnisch kann man dem durch eine Befristung (*sunset legislation*)³⁷ Rechnung tragen.

e) *Das Prinzip der Selbstverantwortung*

Mit dem Prinzip der Privatautonomie untrennbar verbunden und für die Privatrechtsgesellschaft nicht weniger fundamental ist das Prinzip der Selbstverantwortung, und zwar in mehrfacher Hinsicht.

Das Prinzip der Selbstverantwortung bestimmt zuerst die Grenzen des Schutzes im Hinblick auf den Einzelnen. Die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen setzt erst dort ein, wo er sich nicht mehr eigenverantwortlich selbst schützen kann. Ein Mehr an Schutz ist weder gegenüber dem „Geschützten“ noch gegenüber dem Verpflichteten zu rechtfertigen. Das ist auch bei der Abstimmung von (notwendig pauschalierendem) Gruppenschutz (z. B. Verbraucher, Haustürgeschäfte) und Individualschutz (z. B. Sittenwidrigkeit) zu beachten. Eine Pauschalierung lässt sich umso eher rechtfertigen, als sie auch im Bereich des Schutzübermaßes autonomiefördernde oder wirtschaftlich vorteilhafte Auswirkungen hat (s. o., c)).

Selbstverantwortung ist aber nicht nur im Hinblick auf das rechtsgeschäftliche Handeln und die Wahrung der Privatautonomie von Bedeutung, sondern auch im Hinblick auf den Jedermannsverkehr und die Wahrung der allgemeinen Handlungsfreiheit. Auch hier gilt die von *Medicus* formulierte Einsicht: „Das Zivilrecht kann eben keine Geschenke machen, die nicht doch von jemanden zu bezahlen wären.“³⁸ Das hat etwa für die Konkretisierung von Verhaltensmaßstäben im Rahmen der deliktsrechtlichen Verkehrspflichten Bedeutung.

f) *Das Prinzip der zweiseitigen Begründung*

Eben weil die rechtlichen Wohltaten des Privatrechts von Privaten zu bezahlen sind, bedarf aber die privatrechtliche Pflicht nicht nur der Begründung gegenüber dem Vorteilsempfänger, sondern spezifisch auch gegenüber dem Verpflicht-

³⁷ S. nur *Schneider*, Gesetzgebungslehre (3. Aufl. 2002), Rn. 550–563; *Benda*, Gesetze mit Verfallsdatum?, NJW 1996, 2282–2284; *Chanos*, Möglichkeiten und Grenzen der Befristung parlamentarischer Gesetzgebung (1999).

³⁸ *Medicus*, „Geld muß man haben“ – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988) 489, 508.

teten. Ist auch ohne weiteres einsichtig, dass ein hilfloses Kleinkind des Schutzes bedarf, so doch nicht, wer diesen Schutz zu leisten hat.³⁹ Belastungen müssen primär aus dem Verhältnis der Parteien begründet sein. *Bydlinski* spricht vom Prinzip der zweiseitigen Begründung,⁴⁰ *Denck* hat den Grundsatz der Relativität auch als methodisches Prinzip hervorgehoben.⁴¹

Um das Prinzip der zweiseitigen Begründung geht es etwa in der Diskussion um den Mindestlohn. Aber auch die Inpflichtnahme des Arbeitgebers für die Kosten schwangerer oder behinderter Arbeitnehmer bedarf einer zweiseitigen Begründung, die man nur im Ansatz in der marktwirtschaftlichen Ordnung – Lastentragung durch die einzelnen Arbeitgeber als Korrelat zu einem marktwirtschaftlich (nicht staatlich) organisierten Arbeitsmarkt – finden kann.⁴² Das Prinzip der zweiseitigen Begründung ist weiterhin auch von Bedeutung, wenn man das Zivilrecht zur Verhaltenssteuerung einsetzt.⁴³ Das ist, wie etwa der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber Eingriffen der Presse zeigt, keineswegs ausgeschlossen.⁴⁴ Indes ist dabei zu beachten, dass privatrechtliche Mechanismen zur Umverteilung tendenziell weniger gut geeignet sind als der direkte Transfer oder die steuerrechtliche Regelung.⁴⁵ Hier greifen, ganz in der Tradition der Freiburger Schule, normative und ökonomische Erwägungen ineinander.

Wenn hier vom Prinzip der zweiseitigen Begründung gesprochen wird, so wird damit ein *gerechtfertigtes Regelungsbedürfnis* freilich schon vorausgesetzt. Daher darf das Erfordernis einer zweiseitigen Begründung nicht als Legitimation zusätzlicher Staatsaufgaben missverstanden werden. Es geht hier m.a.W. nicht um die Begründung von Regelungsbedürfnissen, sondern um die richtige Verteilung der aus einem anerkannten Regelungsbedürfnis folgenden Lasten auf den Betroffenen selbst (*casum sentit dominus*), einzelne Private, ein Kollektiv oder den Staat.

³⁹ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), S. 93 f.

⁴⁰ *Bydlinski* (Fn. 39), S. 92 ff.; *Riesenhuber* (Fn. 20), S. 245 ff., 576 f.

⁴¹ *Denck*, Die relative Methode der Rechtsfindung, *Rechtstheorie* 12 (1981), 331–361.

⁴² Dazu *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997), S. 90.

⁴³ Eingehend *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe, *AcP* 206 (2006), 352–476.

⁴⁴ BGHZ 158, 218–226; BGHZ 143, 214–232; BGHZ 131, 332–346; BGH v. 6. 3. 2007 – VI ZR 13/06 m. Bespr. v. *Riesenhuber*, LMK 2007, 238951

⁴⁵ Näher *Kaplow/Shavell*, Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, 23 *J. Legal Stud.* (1994), 667–681; *Bebrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts (1986), S. 187–195; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip (1995), S. 289–293; *Franck*, Europäisches Absatzrecht (2006), S. 170–174. S. a. *Kirchhof*, Für ein neues Steuerrecht – klar, verständlich und gerecht (Taschenbuchausgabe 2005 [Originalausgabe 2004 unter dem Haupttitel: Der sanfte Verlust der Freiheit]), S. 74–77; *Zöllner*, in diesem Band, § 3 IV.3.d) (S. 68 f.).

3. Die gesellschaftsprägende Rolle des Privatrechts

v. Hayek hat den „*nomos*, der einer ‚Privatrechtsgesellschaft‘ zugrunde liegt“ als Voraussetzung einer Offenen Gesellschaft bezeichnet.⁴⁶ Im Anschluss daran hat *Canaris* aufgezeigt, „dass das Privatrecht auf Grund seiner leitenden Prinzipien und seiner überkommenen Strukturen einen Hort des Pluralismus und eine in vieler Hinsicht optimale Grundlage für die Entstehung und Ausdifferenzierung einer ‚Offenen Gesellschaft‘ bildet.“⁴⁷ – Nicht von ungefähr wurde die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft gerade nach dem Scheitern der sozialistischen Rechtsordnungen erneut diskutiert. Ihre gesellschaftliche wie wirtschaftliche Bedeutung illustriert die Aussage von *Canaris*, die DDR sei daran gescheitert, dass sie dem Privatrecht zu wenig Raum gewährt habe.⁴⁸ Aber auch in einer weniger gegensätzlichen Gegenüberstellung kann man die Frage stellen, inwieweit sich Gemeinschaftselemente mit der Privatrechtsgesellschaft vertragen.⁴⁹

III. Die heutige Privatrechtsgesellschaft

Wie steht es heute um die Privatrechtsgesellschaft? Ausgangspunkt für diese Frage ist die Beobachtung gegenläufiger Tendenzen im Europäischen Primär- (1) und Sekundärrecht (2). Während der EG-Vertrag geradezu als eine Verfassung der Privatrechtsgesellschaft erscheint, greift der Europäische Gesetzgeber immer wieder in die Privatrechtsgesellschaft und ihre Grundprinzipien ein.⁵⁰ Das setzt sich auf mitgliedstaatlicher Ebene fort (3). Die als Materialisierung beschriebenen Tendenzen werfen die Frage auf, wie viel Materialisierung die Privatautonomie verträgt (4) und welche Gesellschaftsprägung sie zur Folge hat (5).

⁴⁶ v. Hayek (Fn. 29), S. 181. S. a. *Mestmäcker* (Fn. 5), S. 18 f.

⁴⁷ *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873, 875. S. a. *Picker*, in diesem Band, § 8 III.2.b)aa) (S. 256 ff.); *Henke*, Die Sozialisierung des Rechts – Ein Beitrag zur Rechtspolitik, JZ 1980, 369, 374.

⁴⁸ *Canaris*, FS Lerche (1993), S. 873 Fn. 1. S. a. *Bydlinski*, AcP 194 (1994), 319, 326–328; *Mestmäcker*, Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts (1991), in: ders., Recht in der offenen Gesellschaft (1993), S. 60, 66–68.

⁴⁹ Dazu *Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit (2005).

⁵⁰ Nachdrücklich und pointiert zu staatlichen (gesetzgeberischen und richterlichen) Interventionen *Zöllner* (Fn. 1), S. 17 f., 28 f. und *passim*. S. a. schon *Henke*, JZ 1980, 369–379. Zum Folgenden, beispielhaft für den „Transparenzgedanken“, näher: *Riesenhuber*, Primärrechtliche Grundlagen der Kapitalmarkttransparenz, in: Hopt/Kämmerer/Veil (Hrsg.), Kapitalmarktgesetzgebung im Europäischen Binnenmarkt (2008, in Vorbereitung).

1. Der primärrechtliche Rahmen

In seiner ursprünglichen Anlage erscheint der EG-Vertrag geradezu als eine Verfassung der Privatrechtsgesellschaft. Zu den wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen gehört die Verpflichtung auf eine „offenen Marktwirtschaft“ mit unverfälschtem Wettbewerb, die durch das Wettbewerbsrecht bewehrt wird. Konstituierendes Element des Binnenmarktes sind die Grundfreiheiten als spezielle Gewährleistung der Privatautonomie für den grenzüberschreitenden Verkehr. Allerdings wirft die Entwicklung des Primärrechts durch den Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt der Privatrechtsgesellschaft auch Fragen auf.

a) Wirtschaftspolitische Grundentscheidungen

Am Anfang steht der Markt.⁵¹ Das ist im EG-Vertrag ganz programmatisch der Fall: Nach der Gründungsnorm des Artikel 1 folgt als erste inhaltliche Aussage das Ziel und die Aufgabe der Gemeinschaft, einen Gemeinsamen Markt und eine Wirtschafts- und Währungsunion zu errichten.⁵² Den weiteren in Artikel 2 genannten Zielen, die vornehmlich sozialer Natur sind, kann man zwar einerseits höheren Stellenwert beimessen, weil sie es sind, um deretwillen der Gemeinsame Markt errichtet wird (und die weiteren Politiken verfolgt werden sollen). Andererseits wird gerade dadurch auch der Markt als das wesentliche Steuerungsinstrument der Gemeinschaft hervorgehoben. „Die in dieser Bestimmung genannten Ziele sind“, wie der EuGH sagt, „mit dem Bestehen und dem Funktionieren der Gemeinschaft verknüpft; ihre Verwirklichung muss das Ergebnis der Errichtung des Gemeinsamen Marktes und der schrittweisen Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten sein“.⁵³ Die Integration durch den EG-Vertrag beruht damit auf Marktwirtschaft, Wettbewerb und Freiheiten der Marktteilnehmer.⁵⁴ Interventionistische Elemente sind zwar, wie der EG-Vertrag ebenfalls ausweist, nicht ausgeschlossen.⁵⁵ Neben die wirt-

⁵¹ Zum Folgenden insbes. *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung (1992); *Grundmann*, in diesem Band, § 5 II.2. (S. 111 f.); *Mestmäcker*, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, in: Hasse/Molsberger/Watrin (Hrsg.), Festgabe für Willgerodt (1994), S. 263–292; *ders.*, Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: *Mestmäcker/Möller/Schwarz* (Hrsg.), Festschrift für von der Groeben (1987), S. 9–49. S. a. *Böhm*, wiedergegeben bei *Mestmäcker*, Über die Rolle der Politik in der Marktwirtschaft – Dargestellt anhand eines unveröffentlichten Briefs von Franz Böhm, *ORDO* 29 (1978), 3, 10 f.

⁵² Dazu und zum Folgenden auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht (2. Aufl. 2004), § 2 Rn. 1–10.

⁵³ EuGH v. 24. 1. 1991 – Rs. C-339/89 *Alsthom Atlantique*, Slg. 1991, I-107 Rn. 8.

⁵⁴ *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1136 f.; *Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, *AöR* 122 (1997) 573, 578–581.

⁵⁵ S. nur die Hinweise bei *Riesenhuber* (Fn. 26), Rn. 130.

schaftlichen Ziele sind zunehmend soziale getreten, und auch das Sozialstaatsprinzip lässt sich hier nachweisen.⁵⁶ Indes ist die offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb der Grundsatz, Eingriffe bedürfen der Legitimation und Begrenzung.⁵⁷

Diese Grundsätze werden durch Einzelnormen noch näher ausgeformt. Neben den Grundfreiheiten (s. noch sogleich,) ist, ganz dem ordo-liberalen Modell *Böhms* entsprechend, insbesondere das Wettbewerbsrecht in der Gemeinschaft von Verfassungsrang.⁵⁸ Eine Marktverfassung kann nicht hinnehmen, dass die von den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsordnung geöffneten Schranken von den Marktteilnehmern wieder errichtet werden, Art. 81 Abs. 1 EG. Auch der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs ist hier angelegt: Das Verbot, eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen, Art. 82 Abs. 1 EG; das Beihilferecht (Art. 87–89 EG);⁵⁹ und das – weithin sekundärrechtlich ausgeformte, aber in den Grundfreiheiten und den Wettbewerbsvorschriften begründete – Vergaberecht⁶⁰.

Mit dem Ziel eines Gemeinsamen Marktes und der Bindung an eine offene Marktwirtschaft hat der Gemeinschaftsgesetzgeber zugleich das Prinzip der Privatautonomie vorausgesetzt.⁶¹ Privatautonomie, Marktwirtschaft und Wettbewerb bedingen sich gegenseitig.⁶² Privatautonomie setzt das Bestehen eines Marktes voraus und führt zum Wettbewerb; der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen sichert den Bestand des Marktes und damit der Wahlfreiheit

⁵⁶ S. etwa *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union: Europarecht und Politik (7. Aufl. 2006), § 3 Rn. 11 f.; *Neuner* (Fn. 25), S. 174–218 *et passim*.

⁵⁷ *Oppermann*, Europarecht (3. Aufl. 2005), § 13 Rn. 1–3, 6.

⁵⁸ Näher *W.-H. Roth*, in diesem Band, § 7 (S. 175 ff.). S. a. die Hinweise bei *Grundmann*, in diesem Band, § 5 III.1 (S. 118); *ders.*, JZ 2000, 1133, 1136 f. Zum Verfassungscharakter des EG-Vertrags EuGH v. 14. 12. 1991 – Gutachten 1/91 *EWV-Abkommen*, Slg. 1991, I-6079 Rn. 21; EuGH v. 23. 3. 1993 – Rs. C-314/91 *Weber ./. Parlament*, Slg. 1993, I-1093 Rn. 8; EuGH v. 28. 3. 1996 – Gutachten 2/94 *EMRK*, Slg. 1996, I-1759 Rn. 35; EuGH v. 23. 4. 1986 – Rs. 294/83 *Les Verts*, Slg. 1986, 1339 Rn. 23; BVerfGE 22, 293, 296; *Streinz/Ohler/Herrmann*, Die neue Verfassung für Europa (2005), S. 5f.

⁵⁹ *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 52), § 1 Rn. 88 ff., § 42.

⁶⁰ *Mestmäcker/Schweitzer* (Fn. 52), § 1 Rn. 75 ff.; § 36 Rn. 9 ff., 45 ff.; *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberichts (3. Aufl. 2005), S. 92 mit Fn. 170; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht (2007), Rn. 1829 ff., insb. 1837 f.

⁶¹ *Calliess*, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: *Jud u. a.* (Hrsg.) Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, S. 85, 106–110; *Canaris*, FS Lерche (1993), S. 873, 889 f.; *Rittner*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838, 839, 840, 841; *Schöbener/Stork*, Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, ZEuS 2004, 43, 55–58; *Schulze*, Grundsätze des Vertragsschlusses im *Acquis communautaire*, GPR 2005, 56, 57; EuGH v. 16. 6. 1998 – Rs. C-162/96 *Racke*, Slg. 1998, I-3655 Rn. 49; EuGH v. 5. 10. 1999 – Rs. C-240/97 *Spanien ./. Kommission*, Slg. 1999, I-6571 Rn. 99.

⁶² *Canaris*, FS Lерche (1993), S. 873, 890; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (9. Aufl. 2004), § 34 Rn. 22; *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 42; *Zöllner* (Fn. 1), S. 23 f.

der Interessenten.⁶³ Das Prinzip „der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“⁶⁴ ist der gemeinsame Kern der Grundfreiheiten, die die Möglichkeit privatautonom Handelns über die nationalen Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg erstrecken.⁶⁵ Die Privatautonomie wird deshalb auch als die „wahre Grundfreiheit“ bezeichnet.⁶⁶ Der EuGH setzt sie in seiner Rechtsprechung als selbstverständlich voraus.⁶⁷

b) Die Grundfreiheiten: Privatautonomie und Selbstverantwortung

Die Grundfreiheiten sind nicht nur als spezielle Gewährleistungen der Privatautonomie Bestandteil der wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen des EG-Vertrags. Für den grenzüberschreitenden Verkehr bedeuten sie zudem eine Verhältnismäßigkeitskontrolle mitgliedstaatlicher und gemeinschaftsrechtlicher Regulierung und haben so eine deregulierende Wirkung. Sie wird in privatrechtsrelevanten Bereichen besonders durch den so genannten Informationsgedanken deutlich, den der Gerichtshof ausgehend von der *Cassis de Dijon*-Entscheidung⁶⁸ aus dem Jahr 1979 entwickelt und seither auch für andere Grundfreiheiten, namentlich Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, fruchtbar gemacht hat. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist im Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit Information gegenüber dem Verbot als Schutzinstrument als „milderes Mittel“ vorzugswürdig, wenn sich die Schutzzwecke damit ebenso erreichen lassen.⁶⁹ Die Reichweite dieses Informa-

⁶³ *Mestmäcker*, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441, 443; *Canaris* (Fn. 42), S. 48; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 292–295.

⁶⁴ So die Definition der Privatautonomie von *Flume* (Fn. 9), § 1 1. (S. 1).

⁶⁵ *Müller-Graff*, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht: Gemeinschaftsprivatrecht (2. Aufl. 1991), S. 17; *ders.*, Basic Freedoms – Extending Party Autonomy across Borders, in: Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy in the Internal Market (2001), S. 133–150; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134 f.; *Grundmann/Kerber/Weatherill*, in: *dies.* (Hrsg.), Party Autonomy in the Internal Market, S. 16; *Schmidt-Leithoff*, Gedanken über die Privatrechtsordnungen als Grundlage zum EWG-Vertrag, in: Löwisch/Schmidt-Leithoff/Schmiedel (Hrsg.), Festschrift für Rittner (1991), S. 597, 606.

⁶⁶ *Mülbert*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt – Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt, ZHR 159 (1995), 2, 8; *Müller-Graff* (Fn. 65: Gemeinschaftsprivatrecht), S. 17 f.

⁶⁷ EuGH v. 9. 3. 2006 – Rs. C-499/04 *Werhof*, Slg. 2006, I-2397 Rn. 23 („Zunächst ist daran zu erinnern, dass ein Vertrag im Allgemeinen durch das Prinzip der Privatautonomie gekennzeichnet ist, wonach die Parteien frei darin sind, gegenseitige Verpflichtungen einzugehen.“); EuGH v. 5. 10. 1999 – Rs. C-240/97 *Kommission ./. Spanien*, Slg. 1999, I-6571 Rn. 99; EuGH v. 30. 4. 1998 – Rs. C-215/97 *Bellone ./. Yokohama*, Slg. 1998, I-2191 Rn. 14 („Grundsatz der Formfreiheit“ als Unterprinzip der Vertragsfreiheit); EuG 18. 9. 1992 – Rs. T-24/90 *Automec ./. Kommission*, Slg. 1992, II-2223 Rn. 51. S. a. EuGH v. 10. 7. 1991 – verb. Rs. C-90 und 91/90 *Neu u. a.*, Slg. 1991, I-3617 Rn. 13.

⁶⁸ EuGH v. 20. 2. 1979 Rs. 120/78 *Rewe ./. Bundesmonopolverwaltung, Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon*.

⁶⁹ Näher – auch zu den Grenzen des so begründeten Informationsgedankens – und mit weiteren Nachweisen *Riesenhuber* (Fn. 50). Grundlegend und eingehend die Beiträge in

tionsgedankens hängt damit wesentlich davon ab, inwieweit man eine Steuerung durch Information für möglich hält. Der Gerichtshof hat das im Bereich des Verbraucherschutzes weitgehend angenommen, indem er die Selbstverantwortung des Verbrauchers im Hinblick auf das Binnenmarktziel (also: normativ) weit verstanden hat. Deutlich kommt das im so genannten Verbraucherleitbild zum Ausdruck:⁷⁰ Der Gerichtshof geht von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher aus.⁷¹ Die Grenze von Informationslösungen liegt erst dort, wo die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Verbrauchers nicht mehr erwartet werden kann.⁷²

Dieser primärrechtliche Informationsgedanke trägt den Grundanliegen der Privatrechtsgesellschaft in geradezu idealer Weise Rechnung. Das gilt zunächst, insoweit mit den Grundfreiheiten die (auch für den Binnenmarkt) fundamentale Bedeutung der Privatautonomie hervorgehoben wird. Auch dort, wo die Grundfreiheiten aus legitimen Gründen eingeschränkt werden, hebt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die besondere Bedeutung der Privatautonomie hervor (s. o., II.2.c)). Transparenz und Information sind zwar ihrerseits Eingriffe in die formale Privatautonomie und Vertragsfreiheit. Sie sind indes als Bausteine einer prozeduralen Selbstschutzlösung mit den Grundprinzipien der Privatrechtsgesellschaft besonders gut vereinbar.⁷³

c) *Drittwirkung von Grundfreiheiten und Grundrechten?*

Andererseits können von der Rechtsprechung des EuGH auch Bedrohungen der Privatrechtsgesellschaft ausgehen. Das ist insbesondere im Hinblick auf die Drittwirkung der Grundfreiheiten besorgt worden und zeigt sich jüngst auch in der Einwirkung eines grundrechtsähnlichen primärrechtlichen Diskriminierungsverbots auf das Privatrecht. Es geht um die aus dem nationalen Verfas-

Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market* (2001); ferner *Grohmann*, *Das Informationsmodell im europäischen Gesellschaftsrecht* (2006); *Grundmann*, *Information und ihre Grenzen im Europäischen und neuen englischen Gesellschaftsrecht*, in: U. Schneider u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Lutter* (2000), S. 61–82; *ders.*, JZ 2000, 1133, 1138; für das Vertragsrecht, s. die (teils kritischen) Hinweise bei *Riesenhuber* (Fn. 26), § 31.

⁷⁰ Zum Verbraucherleitbild etwa Reich/*Micklitz-Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht* (4. Aufl. 2003), Tz. 6.8; *Riesenhuber* (Fn. 26), Rn. 211–216 (beschränkte dogmatische Bedeutung) und Rn. 134–136 sowie 902–904 und 927–932 (zu den prinzipiellen Grundlagen); v. *Vogel*, *Verbrauchervertragsrecht und allgemeines Vertragsrecht* (2006), S. 32–39. S. a. *Denkinger*, *Der Verbraucherbegriff* (2007), S. 109–112 (zur begrenzten dogmatischen Bedeutung) und auch S. 23–132 (zu den privatrechtstheoretischen Grundlagen des Verbraucherrechts).

⁷¹ EuGH v. 13. 1. 2000 – Rs. C-220/98 *Estée Lauder*, Slg. 2000, I-117 Rn. 27; EuGH v. 6. 7. 1995 – Rs. C-470/93 *Mars*, Slg. 1995, I-1923 Rn. 24; EuGH v. 16. 7. 1998 – Rs. C-210/96 *Gut Springenbeide*, Slg. 1998, I-4657 Rn. 31.

⁷² EuGH v. 16. 5. 1989 Rs. 382/87 *Buet*, Slg. 1989, 1235.

⁷³ S. o. II.2.c) mit Nachweisen in Fn. 34 f.

sungsrecht bekannte, geradezu internationale Frage,⁷⁴ ob verfassungsrechtliche Grundrechte und Grundfreiheiten nur den Staat bzw. Gemeinschaft und Mitgliedstaaten binden, oder auch Private. Die mit einer unmittelbaren Drittwirkung verbundenen Gefahren hatte in Deutschland vor allem *Dürig* artikuliert: „Mit dieser schneidigen Drittwirkungsthese [sc. der unmittelbaren Drittwirkung] walzt man über Art. 3 das Privatrecht insgesamt platt.“⁷⁵ Ganz ähnliche Gefahren können von einer unmittelbaren Drittwirkung der europäischen Grundfreiheiten ausgehen, und in der Tat hat man „das Ende der Privatrechtsgesellschaft“ und den „Abschied vom liberalen Binnenmarktkonzept“ für den Fall besorgt, dass der Gerichtshof die in *Bosman* und anderen Entscheidungen begründete unmittelbare Drittwirkung den Grundfreiheiten ganz allgemein beilegt.⁷⁶

Tatsächlich sprechen schon dogmatisch die besseren Gründe gegen eine unmittelbare Drittwirkung. Dem berechtigten Anliegen einer effektiven Gewährleistung der Grundfreiheiten ist mit der Schutzpflichtenlehre in gleichem Maße Rechnung zu tragen.⁷⁷ Die Schutzpflichtenkonzeption hat nicht nur den Vorteil dogmatischer Schlüssigkeit, sondern zwingt zudem dazu, die maßgeblichen Sachfragen offenzulegen und der kompetentiell zuständigen Stelle zuzuweisen: Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, „Freiheit und Sicherheit, Wettbewerb und sozialen Ausgleich einander zuzuordnen und damit Rechtsstaat und Sozialstaat ... in praktischer Konkordanz zu verwirklichen“⁷⁸.

Die Rechtsprechung des EuGH ist nicht vollends klar. Soweit er sich für eine unmittelbare Bindung Privater ausgesprochen hat, lagen dem indes wohl durchgängig Sachverhalte zugrunde, die Besonderheiten aufwiesen, nämlich eine besondere Machtstellung von privaten (Sport-) Organisationen oder eine regionale allgemeine Übung mit marktabschottender Wirkung.⁷⁹ Auch hier ging es m.a.W. um ein „Problem privater Macht“, so dass sich die Entscheidungen im Ergebnis durchaus als mit der Privatrechtsgesellschaft vereinbar erweisen, wenngleich sie besser, nämlich offener und spezifischer mit der Konzeption der mittelbaren Drittwirkung begründet werden.⁸⁰

Ganz ähnliche Fragen hat jüngst der Fall *Mangold*⁸¹ aufgeworfen. Der Gerichtshof sah dort das Verbot der Altersdiskriminierung als primärrechtlichen Allgemeinen Rechtsgrundsatz an. Auf diese Weise konnte er das Verbot auch

⁷⁴ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999), S. 10f.

⁷⁵ Maunz/Dürig-Dürig, GG (Mai 1994), Art. 3 GG Abs. 1 Rn. 507.

⁷⁶ *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 581.

⁷⁷ Eingehend *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht (2004), S. 631–819; auch *Riesenhuber* (Fn. 26), Rn. 39.

⁷⁸ *Kluth*, AöR 122 (1997), 557, 580f.

⁷⁹ *Riesenhuber* (Fn. 26), Rn. 120–128; ebenso auch *Grundmann*, in diesem Band, § 5 III.2. (S. 118f.).

⁸⁰ *Riesenhuber* (Fn. 26), Rn. 97–128.

⁸¹ EuGH v. 22. 11. 2005 – Rs. C-144/04 *Mangold*, Slg. 2005, I-9981; vgl. oben II.2.c).

schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie⁸² zum Tragen bringen. Mit der Verleihung primärrechtlicher Dignität hat der Gerichtshof das Diskriminierungsverbot indes zugleich über den sekundärrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Ausgleich der widerstreitenden Reguliungsinteressen gestellt, mit normhierarchisch begründeter Durchsetzungskraft ausgestattet und dem Zugriff des Gemeinschaftsgesetzgebers wie der Mitgliedstaaten entzogen. Hat der Gerichtshof diesem Allgemeinen Rechtsgrundsatz auch nicht eine unmittelbare Drittwirkung beigelegt, so führt seine Entscheidung doch zum selben Ergebnis, da er dem nationalen Gericht aufgegeben hat, entgegenstehende Normen außer Anwendung zu lassen. – Die Überschreitung der Zuständigkeitsgrenzen und der Mangel einer (demokratisch legitimierten) Abwägung der widerstreitenden Interessen⁸³ erweist sich auch hier als freiheitsbedrohend. Die Entscheidung hat daher zu Recht entschiedenen Widerspruch gefunden,⁸⁴ nicht zuletzt auch von Seiten der Generalanwälte.⁸⁵

2. Regulierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber

Der primärrechtlichen Grundkonzeption steht die Regulierung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber gegenüber. Auch der Gemeinschaftsgesetzgeber ist freilich an die wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen des Primärrechts gebunden, ebenso wie an die Grundfreiheiten. Indes ist diese Bindung erheblich gelockert, da der Gerichtshof dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungsspielraum einräumt.⁸⁶ Folgt das Sekundärrecht daher auch in vielem dem liberalen primärrechtlichen Modell, so sind doch auch erhebliche Eingriffe zu

⁸² Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 3003/16.

⁸³ Dazu treffend GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16. 3. 2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rn. 55.

⁸⁴ S. nur *Riesenhuber*, Case-Note: ECJ of 22 November 2005 – Case C-144/04 – *Mangold*, ERCL 3 (2007), 62–71; *ders.* Diskriminierungsverbote im Privatrecht: Europarechtliche Grundlagen, in: *ders.* (Hrsg.), *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Grundsatz- und Praxisfragen* (2007), § 1 (S. 3 ff.).

⁸⁵ GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 16. 3. 2006 – Rs. C-13/05 *Chacón Navas*, Slg. 2006, I-6467 Rn. 46–56; GA *Mazák*, Schlussanträge v. 15. 2. 2007 – Rs. C-411/05 *Palacios de la Villa*, (noch nicht in Slg.), bes. Rn. 36f., 79–100.

⁸⁶ Zu Art. 95 EG: EuGH v. 12. 11. 1996 – Rs. C-84/94 *Vereinigtes Königreich ./. Rat*, Slg. 1996, I-5755 Rn. 58; EuGH v. 13. 5. 1997 – Rs. C-233/94 *Deutschland ./. Parlament und Rat*, Slg. 1997, I-2405 Rn. 55f. Aus der Literatur etwa *Körber* (Fn. 77), S. 81–95; *Mestmäcker*, FS Willgerodt (1994), S. 263, 279–282; *Scheffer*, *Die Marktfreiheiten des EG-Vertrags als Ermessensgrenze des Gemeinschaftsgesetzgebers* (1997), S. 32–48, 121–157 *et passim*; *Schwemer*, *Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten* (1995), S. 29–45, 45–66 *et passim*; *Streinz-Leible*, *EUV/EGV – Kommentar* (2003), Art. 95 EGV Rn. 35–37.

konstatieren oder zu besorgen. Zum Beispiel kann das Europäische Vertragsrecht dienen.

a) *Privatrechtsgesellschaft und Europäisches Vertragsrecht*

Dem Europäischen Vertragsrecht kann man in seiner Anlage durchaus eine Konzeption entnehmen, die dem Modell der Privatrechtsgesellschaft weitgehend entspricht.⁸⁷ Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch im Verbraucherrecht herrscht, hat der Gesetzgeber dort regulierend eingegriffen, wo sich punktuell besondere Schutzbedürfnisse erwiesen hatten. Exemplarisch sind die Haustürgeschäfte-Richtlinie⁸⁸ oder die AGB-Richtlinie⁸⁹. Bei seinen Eingriffen hat der Gesetzgeber zudem Informationslösungen weithin den Vorrang vor Verbotslösungen gegeben, insoweit dem Informationsgedanken der Grundfreiheiten entsprechend.⁹⁰

b) *Gegenläufige Tendenzen*

Indes zeichnen sich auch gegenläufige Tendenzen ab. Hier ist zuerst an Diskriminierungsverbote im Privatrecht zu denken.⁹¹ Ihre Bewertung bleibt umstritten und eine andauernde Herausforderung an die Rechtswissenschaft. Das hat seinen Grund nicht zuletzt in der mangelhaften Begründung und Einordnung durch den Gesetzgeber, der die verspürte ethische Legitimation seines Handelns in den Vordergrund der Begründung gestellt hat und die Abstimmung mit Privatautonomie und Vertragsfreiheit⁹² weithin schuldig geblieben ist.⁹³ Wenn die Richtlinien besonders „dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ dient, deutet der Gesetzgeber an, dass es in diesem Bereich ein Marktversagen gäbe, dem die Diskriminierungsverbote Rechnung tragen sollen, etwa in Form eines auf gesellschaftlicher Übung begründeten Ausschlusses der geschützten Gruppen (Männer/Frauen, ethnische Gruppen).

⁸⁷ Näher *Riesenhuber* (Fn. 26), § 31.

⁸⁸ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372/17.

⁸⁹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

⁹⁰ *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1143.

⁹¹ Eingehend (und mit Erwägung auch im Hinblick auf die Privatrechtsgesellschaft) *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: E. Lorenz (Hrsg.) *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung* (2005), S. 7–115; *ders.*, in diesem Band, § 8 III.2 (S. 255 ff.); *Säcker*, Europäische Diskriminierungsverbote und deutsches Zivilrecht, BB-Special 6/2004, 16; *ders.*, Fundamente der Privatrechtsgesellschaft nach dem Antidiskriminierungsgesetz, ZG 2005, 154–164. S. a. *Zöllner* (Fn. 1), S. 18 f.

⁹² Zu diesen Erfordernissen oben, II.2.c).

⁹³ Näher *Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung –, in: *ders./Nishitani* (Hrsg.), *Wandlung oder Erosion der Privatautonomie?* (2007), § 2 S. 20 ff.

Dafür fehlt in den Materialien zur Richtlinie indes der Nachweis, und ein Marktversagen ist – zumal im Bereich der Geschlechtsdiskriminierung – auch nicht ohne weiteres ersichtlich.⁹⁴ Eher kann man die Diskriminierungsverbote mit Rücksicht auf den Anwendungsbereich der Richtlinien als Schutz vor Herabsetzung rechtfertigen, wenn man bedenkt, dass dieser beschränkt ist auf „Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen“.⁹⁵ Hier kann man in dem von *Picker* hervorgehobenen Gedanken des Selbstwiderspruchs⁹⁶ eine mit Privatrechtsgesellschaft und Privatautonomie vereinbare Rechtfertigung der Diskriminierungsverbote finden. Das gilt jedenfalls im Grundsatz; überschießende Bereiche bleiben, vor allem durch das Verbot auch mittelbarer Diskriminierung, die regelmäßig nicht mit einer Herabsetzung verbunden ist.

Aber auch im Verbraucherschutz droht ein Übergang von Wandlungen zu einer Erosion der Privatautonomie.⁹⁷ Schon im derzeitigen Bestand des Verbrauchervertragsrechts haben die Informationspflichten ein kritisches Ausmaß angenommen, öfter wird eine Informationsüberlast und -überforderung angenommen.⁹⁸ Das ist auch von prinzipieller Bedeutung, da mit einer informationellen Überlastung der Schutzzweck der Informationspflichten vereitelt wird und sie sich als ungeeignetes Schutzinstrument und als unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie erweisen. Für die gemeinschaftsrechtliche Regelung wird damit aber auch die Kompetenzgrundlage zweifelhaft, da ein ungeeignetes Schutzinstrumentarium (Art. 5 Abs. 3 EG) weder zum Funktionieren des Binnenmarktes noch zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus beitragen kann.⁹⁹

Nicht weniger kritisch sind manche rechtspolitischen Pläne des Europäischen Gesetzgebers zu beurteilen. Als der Entwurf der AGB-Richtlinie¹⁰⁰ eine Inhaltskontrolle auch von Individualvereinbarungen vorsah, hatte besonders *Ca-*

⁹⁴ *Riesenhuber* (Fn. 93), § 2 V. 1 c) S. 49.

⁹⁵ *Riesenhuber* (Fn. 93), § 2 V S. 44 ff.

⁹⁶ *Picker* (Fn. 91: Antidiskriminierungsprogramme), S. 7, 31 f.

⁹⁷ Zu dem Generalthema, s. die Beiträge in *Riesenhuber/Nihitani* (Hrsg.), *Wandlung oder Erosion der Privatautonomie?* (2007).

⁹⁸ *Martinek*, *Unsystematische Überregulierung und kontrainventionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutz oder: Weniger wäre mehr*, in: Grundmann (Hrsg.), *Systembildung in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts* (2000), S. 511–547; *Callies* (Fn. 30) § 5 (S. 97 ff.); aus dem Blickwinkel der Behavioral Economics *Rehberg*, *Der staatliche Umgang mit Information, Das europäische Informationsmodell im Lichte von Behavioral Economics*, in: Eger/Schäfer (Hrsg.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts (2007), S. 284–354; *Spindler/Klöhn*, *Korreferat zu Markus Rehberg*, in: a.a.O., S. 355–365. S. a. *Kirchhof* (Fn. 45), S. 79–81.

⁹⁹ Vgl. zur Kontrolle der Kompetenzgrundlage EuGH v. 5.10. 2000 – Rs. C-376/98 *Deutschland ./.* *Parlament und Rat*, Slg. 2000, I-8919 Rn. 99f.

¹⁰⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM (90) 322 endg. – SYN 285, ABl. 1990 C 243/2.