

JOHANNA CROON-GESTEFELD

Gemeininteressen im Privatrecht

Jus Privatum

261

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 261



Johanna Croon-Gestefeld

Gemeininteressen im Privatrecht

Eine Betrachtung der privatrechtlichen Leiterzählung

Mohr Siebeck

Johanna Croon-Gestefeld, geboren 1985; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg; 2009 Erstes Juristisches Staatsexamen; 2010 Master in Comparative, European and International Laws (EUI, Florenz); 2013 Doctor of Laws (EUI, Florenz); 2015 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2020 Habilitation; derzeit Lehrstuhlvertretung am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtstheorie, Universität zu Köln.

orcid.org/0000-0002-5272-6204

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft – Projektnummer 491084902.

ISBN 978-3-16-161562-7 / eISBN 978-3-16-161563-4

DOI 10.1628/ 978-3-16-161563-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Arbeit wurde im Mai 2020 fertiggestellt und im Dezember 2020 von der Bucerius Law School, Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich Literatur und Rechtsprechung bis Herbst 2021 aktualisiert und Anregungen aus den Habilitationsgutachten aufgenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meiner akademischen Lehrerin und Mentorin, Professorin Dr. Anne Röthel. Sie hat mein Arbeiten und mein Verständnis von Rechtswissenschaft entscheidend geprägt. Ich danke ihr für ihre stete Gesprächsbereitschaft, ihre hilfreichen Anmerkungen, ihre fortwährende Unterstützung, ihren guten Zuspruch während des Projekts und das angenehme Arbeitsumfeld am Lehrstuhl. Ebenfalls sehr herzlich möchte ich mich bei Professor Dr. Christian Bumke für viele wertvolle Denkanstöße, die er mir mit auf den Weg gegeben hat, sowie für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken. Außerdem gebührt Professor Dr. Gregor Bachmann großer Dank für das Drittgutachten.

Die Veröffentlichung der Habilitationsschrift wird von der Deutschen Forschungsgemeinschaft gefördert. Für diese finanzielle Unterstützung möchte ich mich ebenfalls bedanken.

Aus tiefstem Herzen danke ich Familie, Freunden und Wegbegleitern, die mich in der Zeit der Abfassung der Habilitationsschrift begleitet haben. Diejenigen, die gemeint sind, werden sich angesprochen fühlen. Besonders erwähnen möchte ich aber meinen Mann Jan, der mich in all der Zeit stets verständnisvoll unterstützt hat, und meinen Sohn Linus. Sein Wissensdurst und seine Energie sind mir ein Vorbild. Ihm ist das Buch in Liebe gewidmet.

Hamburg, Februar 2022

Johanna Croon-Gestefeld

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Einleitung	1
I. Gemeinwohl – Gemeininteressen – Individualinteressen	3
II. Verhältnis zu verwandten Themen	7
1. Das Verhältnis von Gemeininteressen zur Wertungsjurisprudenz	7
2. Das Verhältnis von Gemeininteressen zur Materialisierung	10
3. Das Verhältnis von Gemeininteressen zum Steuerungspotenzial des Privatrechts	12
III. Historische Abgrenzung	15
IV. Methode der Untersuchung	17
V. Gang der Untersuchung	18
Kapitel 1: Die privatrechtliche Leiterzählung: Gemeininteressen als Fremdkörper im Privatrecht	21
I. Gefahr und Mehrwert einer Selbstbeschreibung	22
II. Rechtswissenschaft und Leiterzählung	25
III. Die freiheitlich-individualistische Leiterzählung	29
1. Der individualistische Grundriss des Privatrechts	29
a) Der liberale Individualismus	29
b) Privatautonomie	30
c) Öffentliches Recht und Privatrecht	31
2. Das privatrechtliche Sozialmodell der materialen Ethik	33
3. Die Überformung durch das GG und die Europäischen Verträge	35
4. Zusammenfassung	37
IV. Rechtshistorische Widerlegung der Leiterzählung	38
1. Das soziale Gesicht des BGB um 1900	38

2. Wieackers tendenziöse Darstellung	40
3. Kontaktaufnahmen des Privatrechts mit der Verfassung	41
V. Gesucht: Fürsprecher der Leiterzählung	46
1. Einflussreiche Stimmen	47
a) Diederichsen	47
b) Zöllner	48
c) Reuter	50
d) Picker	51
2. Die Essenz der Kritik	53
3. Die Selbsteinschränkung der Kritik	54
4. Weitere freiheitlich-individualistische Stellungnahmen	56
5. Zwischenergebnis	58
VI. Alternative Privatrechtsverständnisse	58
1. Zur „politischen Funktion der Privatrechtsordnung“	59
a) Raiser	60
b) Wiethölter	60
2. Konstitutionalisierung des Privatrechts	61
a) Canaris	62
b) Neuner	62
c) Stimmen der Wissenschaft vom öffentlichen Recht	63
d) Zwischenergebnis	65
3. Europäisierung	66
a) Riesenhuber	66
b) Heiderhoff und Grundmann	67
c) Zwischenergebnis	68
4. Alternative methodische Ansätze	68
a) Karsten Schmidt	69
b) Wagner	70
5. Zwischenergebnis	71
VII. Zusammenfassung	71

Kapitel 2: Erklärungen für die Beharrungskraft der Leiterzählung

I. Rechtliche Erklärungen	74
1. Inhaltliche Überzeugungskraft	74
2. Absorptionskraft	76
3. Prinzipienorientierung	80
4. Dogmatische Anschlussfähigkeit	83
a) Formales und materiales Dogmatikverständnis	84
b) Formales Dogmatikverständnis und Leiterzählung	86
c) Materiales Dogmatikverständnis und Leiterzählung	86

II. Außerrechtliche Erklärungen	87
1. Diskursanalytische Erklärungen	87
a) Diskursanalytische Referenzpunkte	88
b) Diskursinterne Beharrungsmechanismen	92
aa) Verkürzungen	92
bb) Ausschließlichkeitsanspruch	93
cc) Standardisierung	94
dd) Zusammenfassung	98
2. Soziologische Erklärungen	98
a) Eigenarten der juristischen Ausbildung	98
b) Eigenarten des privatrechtswissenschaftlichen Feldes	101
aa) Einführung in Feld und Habitus	102
bb) Feldspezifische Beharrungsmechanismen	104
(1) Institutionelle Rahmenbedingungen	104
(2) Personal der Privatrechtswissenschaft	110
(a) Mangel an Perspektivenvielfalt	110
(b) Matthäus-Effekt	112
(c) Schulenburg	114
(3) Privatrechtswissenschaftlicher Habitus	115
(a) „Recht als Wissenschaft“	115
(aa) Wissenschaft und Systematisierung	116
(bb) Dogmatik-Zentrierung der Privatrechts- wissenschaft	117
(cc) Verhältnis zur Leiterzählung	119
(b) Recht als „Kulturprodukt“	119
III. Zusammenfassung	122
 Kapitel 3: Umweltschutz	125
I. Umweltschutz durch Privatrecht: Eine Verortung	125
1. Begriffliche Klärungen	125
2. Breite Verankerung des Umweltschutzes im Recht	126
3. Wiedererstarcktes Interesse	128
II. Typisierung	130
1. Individualinteressen vereint gegen Umweltschutzinteressen	131
a) Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot	131
b) Nichtigkeit aufgrund Sittenwidrigkeit	134
2. Interessen des Anspruchstellers und Umweltschutz gerichtet gegen Interessen des Anspruchsgegners	135
a) Sachmängelgewährleistung	135
b) Nachbarrechtliche Ansprüche	138
c) Haftungsrecht	141

3. Interessen des Anspruchstellers gegen Interessen des Anspruchsgegners und Umweltschutz	146
4. Gleichlauf von Individualinteressen und dem Gemeininteresse an Umweltschutz	148
III. Weitergehende Beobachtungen	151
1. Individualgeschützte Umwelt und Umwelt mit Gemeingutcharakter	151
a) Individualgeschützte Umwelt	152
b) Als Gemeingut geschützte Umwelt	153
2. Legislative und judikative Verarbeitung	154
3. Methoden	158
a) Umweltschutz als Gesetzeszweck	158
b) Festlegung vertraglicher Außenschranken	159
c) Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	160
d) Verweis auf Art. 20a GG?	160
4. Praktische Bedeutsamkeit	161
5. Bezug zur Leiterzählung des Privatrechts	163
Kapitel 4: Infrastruktur	167
I. Infrastruktur und Privatrecht: Eine Verortung	168
1. Begriffliche Klärungen	168
2. Förderung von Infrastruktur als Gemeininteresse	169
II. Typisierung	170
1. Gleichgerichtete Individualinteressen gegen das Gemeininteresse an der Förderung von Infrastruktur	171
2. Individualinteressen einer Partei vereint mit Infrastrukturinteressen	173
a) Enteignungen zugunsten privater Infrastrukturprojekte	173
b) Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch und Infrastrukturprojekte	176
aa) Entwicklung des bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruchs	176
bb) Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch bei Infrastrukturprojekten	178
c) Haftung für Infrastrukturprojekte	180
3. Verträge zwischen Privaten und das Gemeininteresse an der Förderung von Infrastruktur	182
a) Besonderheiten des Regulierungsrechts	183
b) Energierecht und kollektive Versorgungsgewähr	185
aa) Kontrahierungszwänge im Energierecht	186
bb) Einseitige Preisänderungsrechte im Energierecht	187
cc) Baukostenzuschüsse im Energierecht	189
dd) Zwischenergebnis	190

III. Weitergehende Beobachtungen	190
1. Gewichtung	190
2. Legislative und judikative Verarbeitung	192
a) Betonung legislativer Entscheidungen	192
b) Unionsrechtliche Vorgaben	194
3. Methoden	195
a) Gesetzeszweck und Regulierungsziel	196
b) Festlegung vertraglicher Außenschranken	197
c) Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe	197
d) Ergänzende Vertragsauslegung	198
e) Zwischenergebnis	198
4. Praktische Bedeutsamkeit	199
5. Bezug zur Leiterzählung des Privatrechts	200
 Kapitel 5: Nichtdiskriminierung	 203
I. Nichtdiskriminierung im Privatrecht: Eine Verortung	203
1. Definition und Legitimation	203
2. Nichtdiskriminierung als Gemeininteresse	208
3. Rechtlicher Rahmen	209
II. Typisierung	210
1. Reaktives Nichtdiskriminierungsrecht	211
a) Das Diskriminierungsverbot im allgemeinen Zivilrechtsverkehr	212
aa) Bankenrecht	212
bb) Recht des Scorings	215
cc) Mietrecht	216
dd) Hausverbote	219
ee) Energieversorgungsrecht	221
ff) Versicherungsrecht	222
b) Entwicklung: Die Wirkung verfassungsrechtlicher Gleichheitssätze zwischen Privaten	225
aa) BVerfG: Der Stadionverbots-Beschluss	226
bb) BGH: Das Hassredevorwurf-Urteil	227
cc) EuGH: Von Defrenne zu Egenberger	228
2. Proaktives Nichtdiskriminierungsrecht	231
a) Privat initiierte positive Maßnahmen	232
b) Die Diversitäts-Vorgaben des DCGK	233
c) Starre Quoten und Zielgrößenvorgaben für die Besetzung von Führungsebenen	234
III. Weitergehende Beobachtungen	236
1. Individuelles Interesse und Gemeininteresse an Nicht-diskriminierung	236
2. Legislative und judikative Verarbeitung	238

3. Methoden	239
a) Spezielle nichtdiskriminierungsrechtliche Gesetzgebung	240
b) Festlegung von Außenschranken für rechtsgeschäftliches Handeln	240
c) Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	243
d) Verweis auf Verfassungsrecht	244
4. Praktische Bedeutsamkeit	245
5. Bezug zur Leiterzählung des Privatrechts	246
 Kapitel 6: Umweltschutz, Infrastruktur, Nichtdiskriminierung: Übergreifende Beobachtungen	251
I. Individualinteresse und Gemeininteresse	251
II. Legislative und judikative Verarbeitung	252
III. Methode	253
1. Spezielle Gesetzgebung mit Bezug zu Gemeininteressen	253
2. Festlegung von Außenschranken für rechtsgeschäftliches Handeln	254
3. Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	255
4. Mediatisierte Verarbeitung	256
IV. Praktische Bedeutsamkeit	257
V. Bezug zur Leiterzählung des Privatrechts	258
 Kapitel 7: Folgerungen für die Leiterzählung des Privatrechts	261
I. Realistische Beschreibung	261
II. Überzeichnungen überdenken	263
III. Keine Zeit für neue Leiterzählungen	265
 Zusammenfassung	269
 Literaturverzeichnis	279
Sachverzeichnis	323

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz/Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)/Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJCL	American Journal of Comparative Law
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein(e/en/er)
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. Begriffsgesch.	Archiv für Begriffsgeschichte
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
AVBE/TV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifikunden
AVBGasV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden
AVBWasserV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts
BauR	Baurecht
Bay. AWG	Bayerisches Gesetz über verunstaltende Außenwerbung
Bay. GVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BB	Betriebs-Berater
BBodSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter/Bearbeiterin

bearb.	bearbeitet
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BBergG	Bundesberggesetz
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge
BNatSchG	Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BuchPrG	Gesetz über die Preisbindung für Bücher
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDE	Cahiers de droit européen
COM	Europäische Kommission
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
CSR	Corporate Social Responsibility
D.	Digesten
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DrittelBG	Drittelbeteiligungsgesetz
Duke L. J.	Duke Law Journal
DVBl.	Das Deutsche Verwaltungsblatt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
e.V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
Erstdr.	Erstdruck
Erstveröff.	Erstveröffentlichung
ErwG	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUGRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
FüPoG I	Erstes Führungspositionengesetz
FüPoG II	Zweites Führungspositionengesetz
GA	Generalanwalt
Ga. L. Rev	Georgia Law Review
GasGVV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz
GenTG	Gesetz zur Regelung der Gentechnik
GerSR	German Studies Review
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
grds.	grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HaftPflG	Haftpflichtgesetz
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar
hL	herrschende Lehre
HRLRev	Human Rights Law Review

Hrsg.	Herausgeber(innen)
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. E.	im Ergebnis
i. S.	im Sinne
i. V.	in Verbindung
ICON	International Journal of Constitutional Law
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutionen
Int. J. Comp. L.L.I.R.	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
Iowa L. Rev	Iowa Law Review
JA	Juristische Arbeitsblätter
JEP	Journal of Economic Perspectives
JETL	Journal of European Tort Law
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
Kobe U. L. Rev.	Kobe University Law Review
krit.	kritisch
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LG	Landgericht
Losebl.	Loseblatt
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Maastricht J. Eur. & Comp. L.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MitbestEG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NAV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung

NDAV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Gasversorgung in Niederdruck
Nds. NatSchG	Niedersächsisches Naturschutzgesetz
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
No.	Numero
Nr.	Nummer
NundR	Netzwirtschaften und Recht
NuR	Natur + Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Otago L. Rev.	Otago Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RHaftPflG	Reichshaftpflichtgesetz
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichtshofs
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RphZ	Rechtsphilosophie
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RW	Rechtswissenschaft
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.	Seite(n)/Satz (Sätze)
s.	siehe
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union und des Gerichts Erster Instanz
Sp.	Spalte
st.	ständige
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
SZ	Süddeutsche Zeitung

TabStG	Tabaksteuergesetz
TA-Lärm	Sechste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes- Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm)
TA-Luft	Erste Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Bundes- Immissionsschutzgesetz (Technische Anleitung zur Rein- haltung der Luft)
u. a.	unter anderem/und andere
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Reports (Supreme Court)
UAbs.	Unterabsatz
Übers.	Übersetzung
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz
UNCh	Charta der Vereinten Nationen
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Urt.	Urteil
US	United States
USchadG	Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umwelt- schäden
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	versus/vom/von
v. a.	vor allem
verb.	verbundene
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vor.	Vorbemerkungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z. B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZDRW	Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft
ZERP	Zentrum für Europäische Rechtspolitik
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft

ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Revisionen in Zivilsachen und Berufungen in Patentnichtigkeitsverfahren
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG KA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zs. f. Rechtssoz.	Zeitschrift für Rechtssoziologie
zugl.	zugleich
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

„*Publicum jus est, quod ad statum rei publicae Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat.*“¹ Nach dieser gemeinhin dem römischen Rechtsgelehrten Ulpian zugeschriebenen² Unterscheidung ist das öffentliche Recht auf das Gemeinwohl ausgerichtet, während das Privatrecht auf das individuelle Wohl blickt. Nun finden sich auch heute noch Referenzen auf das Zitat, wenn das Privatrecht vom öffentlichen Recht abgegrenzt werden soll.³ Doch wird zugleich darauf verwiesen, dass eine trennscharfe Unterscheidung zwischen den beiden Rechtsgebieten mittels des Kriteriums der Interessenausrichtung zum Scheitern verurteilt ist.⁴ So wie es Gesetze des öffentlichen Rechts gibt, die dem Interesse einzelner Personen dienen, existieren Gesetze des Privatrechts, die auch darauf gerichtet sind, das Gemeinwohl zu fördern.⁵ Teilweise überschneiden sich die im Privatrecht und im öffentlichen Recht behandelten Materien.

Vor dem Hintergrund dieser Überschneidungen ist das Interesse an Untersuchungen zu verstehen, die die beiden Rechtsgebiete als „wechselseitige Auffangordnungen“⁶ begreifen. In den letzten Jahren ist die Diskussion um das Verhält-

¹ Ulpian, D. 1, 1, 1, 2 = Inst. 1, 1, 4.

² Unter Romanisten ist umstritten, ob die Stelle Ulpian zugeschrieben werden kann, s. Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, S. 13; Molitor, Über Öffentliches Recht und Privatrecht, 1949, S. 8 Fn. 2.

³ Dies geschieht unter dem Stichwort der Interessentheorie, s. aus der Kommentarliteratur etwa Schoch/Schneider/Ehlers/Schneider, VwGO, 2021, § 40 Rn. 219 Fn. 814; Fehling/Kastner/Störmer/Kyrill-Alexander Schwarz, VerwR, 5. Aufl. 2021, Einl. zum VwVfG Rn. 19; Södan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 290 Fn. 452; Fehling/Kastner/Störmer/Unruh, VerwR, 5. Aufl. 2021, § 40 VwGO Rn. 93; s. des Weiteren Behrends in Behrends/Sellert (Hrsg.), Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches, 9 (19 Fn. 25); Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965, S. 8; Jan Schröder FS Gernhuber, 961; Uerpman, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 70.

⁴ So schon Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965, S. 10; Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S. 29.

⁵ Das gilt allerdings nicht, wenn man die beiden Rechtsgebiete mit Hilfe der Interessentheorie abgrenzt und die Ansicht vertritt, dass sich im Privatrecht Gesetze öffentlich-rechtlicher Natur und *vice versa* befinden, so etwa Mohr, Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht, 2015, S. 31 f.; ders. in Säcker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), Grundsatzzfragen des Regulierungsrechts, 94 (114 f.); Säcker AöR 130 (2005), 180 (220).

⁶ Grundlegend Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; „Ergänzungsverhältnis“ – Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003), 266 (309 f.). Generell zum Verhältnis von Privatrecht und öffentlichem

nis von Privatrecht und öffentlichem Recht (wieder-)erstarkt.⁷ In der Privatrechtswissenschaft widmet man sich vermehrt der Frage, was das Privatrecht von anderen Rechtsgebieten unterscheidet. Man sucht seinen Wesenskern zu ergründen. Daneben ist eine verstärkte Beschäftigung mit den Methoden, die in der Privatrechtswissenschaft Anwendung finden, wahrnehmbar.⁸ Das „Proprium“⁹ der Privatrechtswissenschaft bildet mithin auf zweierlei Weise Anlass für aktuelle Forschung: Einerseits geht es darum, den Inhalt des Privatrechts als Untersuchungsgegenstand der Privatrechtswissenschaft näher zu ergründen; andererseits geht es um eine Selbstreflektion der Disziplin über das eigene Arbeiten.

Drei Beobachtungen stützen diese Wahrnehmung: Zunächst steht die Frage nach den grundlegenden Inhalten des Privatrechts im Fokus aktueller, einflussreicher rechtstheoretischer Untersuchungen.¹⁰ Zweitens sind nunmehr des Öfteren rechtsökonomische Ansätze in der Privatrechtswissenschaft anzufinden, insbesondere in den Teilen, die sich mit dem Gesellschafts- oder Kapitalmarktrecht beschäftigen.¹¹ Arbeiten, die rechtsökonomische Methoden aufgreifen, eint die Prämisse, dass das Recht steuernd auf das Verhalten Privater Einfluss nimmt und damit auch zu utilitaristischen Zwecken eingesetzt werden

Recht *Becker* NVwZ 2019, 1385 ff.; *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968; *Franz Bydliński* AcP 194 (1994), 319 ff.; *Krüper* VVDStRL 79 (2020), 44 ff.; *Molitor*, Über Öffentliches Recht und Privatrecht, 1949; *Radbruch* in Ralf Dreier/Paulson (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003 (Erstveröffentlichung 1932), S. 119 ff.; *Detlef Schmidt*, Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985; *Somek* VVDStRL 79 (2020), 7 ff.; historische Nachzeichnung bei *Haferkamp* AJCL 56 (2008), 667 (668 ff.); *Hofmann* Der Staat 57 (2018), 5 ff.; *HKK/Rückert*, 2003, Vor § 1 Rn. 72 ff.; *Jan Schröder* FS Gernhuber, 961 ff.; *Stolleis* in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 41 ff.; für den anglo-amerikanischen Kontext *Horwitz* U. Pa. L. Rev. 130 (1982), 1423 ff.; *Kennedy* U. Pa. L. Rev. 130 (1982), 1249 ff.

⁷ S. insbes. *Somek* VVDStRL 79 (2020), 7 ff., der eine kategoriale Unterscheidung der beiden Rechtsgebiete ablehnt und auf ihre unterschiedlichen Handlungsformen abstellt sowie *Krüper* VVDStRL 79 (2020), 44 ff.

⁸ S. bspw. die Referate anlässlich der Tagungen der Zivilrechtslehrervereinigung 2013 zu dem Thema „Methoden des Privatrechts“, insbes. *Stürner* AcP 214 (2014), 7 ff. sowie 2015 zu dem Thema „Perspektiven des Privatrechts“, insbes. *Auer* AcP 216 (2016), 239 ff. und *Lobinger* AcP 216 (2016), 28 ff.; ferner *Kuntz* AcP 219 (2019), 254 ff.; *ders.* AcP 216 (2016), 866 (903 ff.).

⁹ *Engel/Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2008.

¹⁰ S. nur mit ganz unterschiedlichen Ansätzen *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016; *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015.

¹¹ Aus den letzten Jahren etwa für das Vertragsrecht *Walter Doralt*, Langzeitverträge, 2018; für das Haftungsrecht *Franck*, Marktordnung durch Haftung, Legitimation, Reichweite und Steuerung der Haftung auf Schadensersatz zur Durchsetzung marktordnenden Rechts, 2016, S. 54 ff.; für das Abfindungsrecht *Klöhn*, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, 2009, S. 31 ff.; für das Kapitalmarktrecht *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang. Venture Capital in Deutschland und den USA, 2016; für das internationale Privatrecht *Rühl*, Statut und Effizienz. Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, 2011.

kann. Drittens nahm sich die Zivilrechtslehrervereinigung auf ihrer Tagung 2015 des Themas der Methodenvielfalt im Privatrecht an und diskutierte 2019 über die Gemeinwohlorientierung des Privatrechts.¹² Dies zeigt, dass es sich bei der Vergewisserung der Privatrechtswissenschaft um den ihr spezifischen Untersuchungsgegenstand und das eigene Arbeiten nicht um randständige Überlegungen handelt, sondern die Diskussion um Gegenstand und Selbstbild der Privatrechtswissenschaft in ihrer Mitte stattfindet.

In diesem Klima eines spürbaren Bedürfnisses nach Selbstvergewisserung der Privatrechtswissenschaft ist diese Arbeit entstanden. Sie konzentriert sich auf einen spezifischen Aspekt: Sie untersucht die Rolle und Wirkung von Gemeininteressen im Privatrecht. Aus rechtstheoretischer Perspektive erkundet sie den Stellenwert, den die Privatrechtswissenschaft Gemeininteressen in der Beschreibung ihres Untersuchungsgegenstandes zukommen lässt. Aus rechtsdogmatischer Perspektive analysiert sie, wo und wie Gemeininteressen im Privatrecht Berücksichtigung finden. An ihrem Ende wird einerseits der Befund stehen, dass Gemeininteressen mehr als nur sporadisch im Privatrecht anzutreffen sind, andererseits die Einschätzung, dass sich dieser Umstand in der privatrechtswissenschaftlichen Selbstwahrnehmung erst noch verankern muss.

Bevor jedoch die eigentliche Analyse beginnen kann, ist eine Klärung einiger für die Untersuchung bedeutender Begriffe angezeigt (I.). Zudem wird das Thema der Berücksichtigung von Gemeininteressen im Privatrecht in Bezug zu verwandten Themen gesetzt (II.) und abgegrenzt zu Missbräuchen der Gemeininteressenargumentation in der Vergangenheit (III.). Des Weiteren werden die Methoden offengelegt, die dieser Analyse zu Grunde liegen (IV.). Die Einführung endet mit einer kurzen Darstellung des weiteren Gangs der Untersuchung (V.).

I. Gemeinwohl – Gemeininteressen – Individualinteressen

Wenn die Berücksichtigung von Gemeininteressen behandelt werden soll, muss erläutert werden, was unter Gemeininteressen zu verstehen ist. Dabei bietet es sich an, sich dem Begriff der Gemeininteressen über den noch abstrakteren Begriff des Gemeinwohls zu nähern. Eine eindeutige Antwort darauf, was das Gemeinwohl ausmacht, ist allerdings nicht zu bekommen.¹³ Vielmehr handelt

¹² 2015 stand die Tagung unter dem Oberthema „Perspektiven des Privatrechts“, 2019 unter dem Oberthema „Gemeinwohl und Privatrecht“.

¹³ S. aber die intensive Beleuchtung des „Gemeinwohl“-Begriffs bei *Münkler/Bluhm* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn*, Bd. I, 2001; *Münkler/Fischer* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn*, Bd. II, 2002; *Münkler/Fischer* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, Bd. III, 2002; *Münkler/Bluhm* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn*, Bd. IV, 2002; ferner *Anderheiden*, *Gemeinwohl in Republik und Union*, 2006, S. 5 ff.; *Brugger/Kirstel/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002; *Denninger* KJ

es sich bei der Frage, was den Inbegriff des Gemeinwohls ausmacht, um eine der ältesten und grundlegendsten Fragen der Rechtsphilosophie, die schon zur Blütezeit der griechischen Polis Gegenstand von Debatten war.¹⁴ Es lässt sich allerdings feststellen, dass das Gemeinwohl im Zusammenhang mit dem übergeordneten Ziel des Staates Erwähnung findet.¹⁵ Beispielhaft zeigt dies die eingangs erwähnte Übersetzung des Zitats von Ulpian. Hier steht das Gemeinwohl für den „*statum rei publicae Romanae*“, d.h. für den Zustand des römischen Staates. Diese Verbindung zwischen Gemeinwohl und Staatsbefinden kommt nicht von ungefähr. Nach der Staatstheorie ist es „ein der Staatslogik immanenter Zweck“¹⁶, das Gemeinwohl zu fördern. Das Gemeinwohl steht also als Chiffre für einen generellen Bezugspunkt, auf den der Staat sein Handeln auszurichten hat.

Historisch gesehen war es früher leichter, dem Begriff des Gemeinwohls Konturen zu verleihen. In Monarchien konnte das Gemeinwohl mit den Zielen gleichgesetzt werden, die der Herrscher für seinen Staat und seine Untertanen verfolgte.¹⁷ Eine solch eindeutige Bestimmung ist – man möchte hinzufügen erfreulicherweise – unter den Bedingungen von Demokratie und Pluralismus deutlich erschwert. Hier bieten lediglich die Vorgaben der Verfassung Orientierung.¹⁸ Jenseits der Leitplanken, die das GG und europäische Verfassungsartikel vorgeben, darf ein wie auch immer geartetes Gemeinwohl nicht verfolgt werden. Damit verbleibt der Gesellschaft die Aufgabe, das Gros dessen, was unter den Begriff des Gemeinwohls fällt, in einem stetigen Diskurs immer wieder aufs Neue auszuhandeln.¹⁹

2019, 361 ff.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 239 ff.; *Kosłowski* (Hrsg.), Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Partikularismus, 1999; *Schmitt-Egner*, Gemeinwohl. Konzeptionelle Grundlinien zur Legitimität und Zielsetzung von Politik im 21. Jahrhundert, 2015; v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 5 ff.; v. *Zeischwitz*, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, 1967, S. 13 ff. Zum verwandten Begriff des öffentlichen Interesses *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970; *Uerpman*, Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, 1999; *Viotto*, Das öffentliche Interesse. Transformationen eines umstrittenen Rechtsbegriffs, 2009, S. 15 ff.

¹⁴ Zu dem Diskurs über Gemeinwohl im antiken Griechenland *Kirner* in Münkler/Bluhm (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn, Bd. I, 31 ff.

¹⁵ S. *Christian Callies*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 76; v. *Zeischwitz*, Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff, 1967, S. 49.

¹⁶ *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 200 f.

¹⁷ S. *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 28 f., 68 f.; „inhaltlich bestimmte, vorgegebene Größe“ – *Dieter Grimm*, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 13 f.

¹⁸ Mit ausschließlicher Bezug auf die Grundrechte *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 242 m. w. N.

¹⁹ *Denninger* KJ 2019, 361 (371); *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft, Bd. II, 2009, insbes. S. 132; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 241 f.; vgl. *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 169; ferner zu Gemeinwohlverfahren v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, S. 48 ff.; *Offe* in

Eng verbunden mit dem Begriff des Gemeinwohls ist der der Gemeininteressen. Gemeininteressen lassen sich zunächst als konkretere Formulierungen des Gemeinwohls verstehen,²⁰ wobei es sich freilich nur um eine „relativ“ zum Gemeinwohl erzielbare Konkretisierung handelt. Gemeininteressen können also als größere Anliegen verstanden werden, die eine staatlich (oder auch überstaatlich) organisierte Gesellschaft verfolgt. Ein beispielgebendes Gemeininteresse ist etwa das Gemeininteresse an Umweltschutz. Ohne an dieser Stelle auf Details einzugehen – eine genauere Analyse findet sich in Kapitel 3 –, es existieren auf nationaler wie europäischer Ebene Zielbestimmungen, die Deutschland zum Umweltschutz anhalten. Diese Bestimmungen haben sich verfassungsgebende Gewalten der Union bzw. Deutschlands gegeben, um im Interesse des Allgemeinwohls die Natur zu schützen. Bei einem Verständnis von Gemeininteressen als Konkretisierungen des Gemeinwohls bleibt allerdings offen, wessen Interessen gemeint sind. Es ist nicht abschließend geklärt, ob die Interessen Einzelner den Gehalt von Gemeininteressen annehmen können oder ob Gemeininteressen nur solche Interessen sein können, die eine – wie auch immer zu definierende – Gemeinschaft hat.

Daher lassen sich Gemeininteressen konzeptionell besser erfassen, wenn man sie in Abgrenzung zu Individualinteressen definiert. Individualinteressen sind solche Interessen, die einer bestimmten Person zugerechnet werden können. Das Interesse eines Käufers, mit einem Verkäufer einen bestimmten Vertrag zu schließen, ist ein Individualinteresse. Dass der Verkäufer eventuell ebenfalls ein Interesse am Vertragsschluss hat, ändert an der Einordnung als Individualinteresse nichts. Denn die beiden Willenserklärungen, in denen sich das jeweilige Interesse äußert, sind wechselseitig ausgerichtet. Neben „singuläre“ Individualinteressen treten gebündelte Individualinteressen. So kann etwa eine größere Gruppe an Personen ein gleichgerichtetes Interesse daran haben, sich zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenzuschließen. Oder mehrere Einzelpersonen haben das Interesse, über ein bestimmtes Geschehnis informiert zu werden. Ihre Individualinteressen an Information werden bisweilen als Interesse „der Leserschaft“²¹ zusammengefasst. Diese Bezeichnung ändert jedoch nichts daran, dass das Informationsinteresse bestimmten Personen oder einem begrenzten Kreis an Personen zugerechnet werden kann.

Gemeininteressen sind als ein *aliud* zu Individualinteressen zu verstehen. Bei Gemeininteressen handelt es sich um solche Interessen, die nicht einzelnen Personen individuell zugerechnet werden können.²²

Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn*, Bd. II, 55 (73); vgl. auch Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2001, S. 261 ff.

²⁰ Vgl. v. Zezschwitz, *Das Gemeinwohl als Rechtsbegriff*, 1967, S. 10 sowie nochmals differenzierter S. 125 f.

²¹ BVerfGE 120, 180 (222); OLG Dresden NJW 2012, 782 (785).

²² S. Alexander in Sacker/Schmidt-Preuß (Hrsg.), *Grundsatzfragen des Regulierungs-*

Es ist allerdings nicht zwingend, in Gemeininteressen etwas substantiell anderes als in Individualinteressen zu sehen. Man kann mit guten Argumenten die Meinung vertreten, dass sich Gemeininteressen und Individualinteressen auf einem Spektrum befinden, wobei das jeweilige Interesse einmal mehr dem Einzelnen, ein anderes Mal mehr der Allgemeinheit zuzuordnen ist. Um das Beispiel des Umweltschutzes heranzuziehen: Die Einzelne kann ein Individualinteresse daran haben, dass die Bäume in ihrem Garten ungehindert wachsen, auch wenn dies die Grundstücke ihrer Nachbarn beeinträchtigen sollte. Genauso kann die Allgemeinheit ein Interesse an dem Bestand zusammenhängender Naturschutzgebiete zum Zwecke der Förderung von Biodiversität haben. In beiden Fällen handelt es sich um Umweltschutzinteressen. Für eine graduelle Konzeption spricht, dass sie nicht zwischen Individualinteressen und Gemeininteressen abgrenzen muss. Dies ist insbesondere deshalb von Vorteil, weil eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den Elementen eines Interesses, die individuell, gebündelt oder allgemein sind, bisweilen artifiziell wirkt und es zu Überschneidungen der Teilinteressen kommen kann.²³ Gesetze, die dem Baumbestand in Privatgärten nutzen, dienen nicht nur dem Individualinteresse der Garteneigentümer an Umweltschutz, sondern auch dem gleichsinnigen Gemeininteresse.²⁴

Dennoch ist mit den von Rousseau angestellten Überlegungen zur Unterscheidung zwischen der *volonté de tous* und der *volonté générale* an der Auffassung festzuhalten, dass es sich bei Gemeininteressen und Individualinteressen um Unterschiedliches handelt.²⁵ Laut Rousseau setzt sich die *volonté de tous* aus einer „Summe von Sonderwillen“²⁶ zusammen, während die *volonté générale* „nur [...] das Gemeininteresse“²⁷ verfolgt. Rousseau bringt damit deutlich zum Ausdruck, dass sich die beiden Willen nach verschiedenen Orientierungspunkten ausrichten. Was im Interesse eines Einzelnen oder einer bestimmten Menge Einzelner ist, kann mit dem Gemeininteresse übereinstimmen, muss aber nicht. Außerdem klingt in der Unterscheidung ein Aspekt an, der ebenfalls für eine

rechts, 119 (130); Kirste in Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 327 (331, 334); vgl. *Nipperdey*, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920, S.33, der von einem „soziale[n] Interesse“ spricht; ähnlich *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S.23 sowie *Staudinger/Kohler*, 2017, Einl zum UmweltHR Rn. 8 m. w. N.; *Seibt*, Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden, 1994, S. 9 mit Ausführungen zum ökologischen Schaden; a. A. v. *Arnim*, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, 1977, S. 35, 81 sowie *Koller* in Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 41 (56), der zusätzlich eine Überordnung der Gemeininteressen als bezeichnend anzunehmen scheint.

²³ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 424.

²⁴ S. hierzu Kap. 3. III. 1. a).

²⁵ Gleichsinnig bzgl. des Gemeinwohls *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 200.

²⁶ *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, 2004, S. 31.

²⁷ Ebd.

konzeptionelle Trennung von Individual- und Gemeininteressen spricht: Ein individuelles Interesse wird grundsätzlich nur Personen zugesprochen, die im Falle natürlicher Personen bereits geboren²⁸ oder im Falle juristischer Personen gegründet worden sind.²⁹ Das Gemeininteresse unterliegt diesen Beschränkungen nicht. Es kann sich, wie das Beispiel Umweltschutz abermals zeigt, auf Objekte beziehen, denen nach geltendem Recht keine Rechtspersönlichkeit zukommt.³⁰ Außerdem kann es den Interessen künftiger Generationen³¹ zum Ausdruck verhelfen.³²

II. Verhältnis zu verwandten Themen

Die bisherige Einführung deutet bereits an, dass es sich bei der Berücksichtigung von Gemeininteressen um eines der wiederkehrenden *grand thèmes* der Privatrechtswissenschaft handelt. Damit es in der Diskussion um das Privatrechtsverständnis innerhalb der Privatrechtswissenschaft verortet werden kann, ist es gegenüber verwandten Themen in Bezug zu setzen. Zu denken ist hierbei insbesondere an die methodischen Grundannahmen der Wertungsjurisprudenz (1.), Materialisierungstendenzen³³ im Privatrecht (2.) und das Potenzial des Privatrechts, menschliches Verhalten zu steuern (3.).

1. Das Verhältnis von Gemeininteressen zur Wertungsjurisprudenz

Besonders deutlich zeigen sich Verbindungslinien zwischen der Berücksichtigung von Gemeininteressen im Privatrecht und der Wertungsjurisprudenz. Um

²⁸ Über diesen Grundsatz hinaus ist für den *nasciturus* die zumindest in Teilen bestehende Grundrechtsfähigkeit (BVerfGE 88, 203 [238]) und die Anerkennung bestimmter privatrechtlicher Rechte, die sich mit seiner Geburt realisieren (z. B. §§ 844 Abs. 2 S. 2, 1923 Abs. 2, 2108, 2178 BGB) zu beachten. Ferner gelten für den *nondum conceptum* die § 331 Abs. 2 BGB (s. RGZ 65, 277 [281]) sowie §§ 2101 Abs. 1, 2106 Abs. 2, 2162 Abs. 2, 2178 BGB.

²⁹ Der terminologischen Genauigkeit halber ist hierunter auch die Gründung von Vorgesellschaften, Vorvereinen oder Vorgenossenschaften zu verstehen, s. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 290 ff.

³⁰ Hierzu die „Möglichkeiten des Begriffs der Rechtsperson“ für die Natur auslotend Fischer-Lescano ZfU 2018, 205 und passim; zuvor schon etwa Bosselmann KJ 1986, 1 (8 ff.); Leimbacher, Die Rechte der Natur, 1998, S. 40 ff.

³¹ Weiterführend Häberle FS Zacher, 215 ff.; Kleiber, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 11 ff.; Saladin/Zenger, Rechte künftiger Generationen, 1988, die sich allerdings selbst für eine grundrechtliche Absicherung aussprechen (S. 73 ff.); Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, 1999.

³² Vgl. Kleiber, Der grundrechtliche Schutz künftiger Generationen, 2014, S. 225 f., der allerdings auf kollektive Güter abstellt, die sich ihrem Inhalt nach von Gemeininteressen unterscheiden (s. S. 113 ff.).

³³ Angelehnt an Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273.

dieser Verbindungen Gewähr zu werden, ist es nicht erforderlich, die methodologische Entwicklung von einem als Begriffsjurisprudenz³⁴ „geschmäht[en]“³⁵ Normverständnis über die Interessenjurisprudenz und die Verästelungen der Freirechtsschule hin zu der „heute vorherrschende[n]“³⁶ Wertungsjurisprudenz in all ihren Einzelheiten nachzuzeichnen.³⁷ Es reicht aus, den teleologischen Ansatz der Wertungsjurisprudenz in Erinnerung zu rufen. Demnach ist jedes Gesetz im Lichte des mit ihm verfolgten Zweckes auszulegen.³⁸ Dabei versteht die Wertungsjurisprudenz den Gesetzeszweck als eine „gesetzgeberische Interessenbewertung“,³⁹ die es primär mit Hilfe des Gesetzestextes, dem Kontext der Entstehung des Gesetzes sowie der Gesetzesmaterialien zu ermitteln gilt.⁴⁰ Lässt sich anhand der so ausgewerteten Materialien der Gesetzeszweck nicht eindeutig bestimmen, ist es laut einer Strömung der Wertungsjurisprudenz legitim, über die historischen Materialien des speziellen Gesetzes hinauszugehen und weitere, dem Rechtssystem immanente Wertungen in den Blick zu nehmen.⁴¹ Eine solche Weitung des Blickes kann insbesondere erforderlich sein, wenn neue Fragestellungen an das Recht herangetragen werden, die bei Gesetzeserlass noch nicht bedacht worden waren, oder sich gesellschaftliche Grundannahmen darüber, was gesetzmäßig oder gesetzwidrig sein soll, im Laufe der Zeit ändern. Die Wertungen, auf die in solchen Fällen Bezug zu nehmen ist, stehen – so eine verbreitete Strömung der Wertungsjurisprudenz – „hinter dem [jeweiligen] Gesetz“⁴² oder als „*Ordnungselemente* [...] über den zu ordnenden

³⁴ Bezeichnung rückführbar auf *v. Jhering*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, S. 330f.; s. hierzu *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60 (61 Fn. 8).

³⁵ *Kreutz*, Das Objekt und seine Zuordnung, 2017, S. 117.

³⁶ *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 8; gleichsinnig *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 77; *Hassold* FS Larenz, 211 (235); *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 360.

³⁷ Hierfür wird auf *Auer* in Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 301 (308ff.); *Franz Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 109ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, 1976, S. 87ff.; *Haferkamp* AcP 214 (2014), 60ff.; *Pawlowski*, Einführung in die Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2000, Rn. 148ff.; *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 6ff. verwiesen.

³⁸ Grundlegend *v. Jhering*, Der Zweck im Recht I, 6.–8. Aufl. 1923, S. 200ff. Diese Vorstellung teilt die Wertungsjurisprudenz mit ihrem ideengeschichtlichen Vorgänger, der Interessenjurisprudenz. Zu den Grundlagen der (subjektiv-)teleologischen Auslegung *Heck* AcP 112 (1914), 1 (8, 59ff.); zur Abwendung der Wertungsjurisprudenz von den naturalistischen Annahmen über die Interessenabwägung der Interessenjurisprudenz *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 73 Fn. 33; *Franz Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 123ff.

³⁹ *Franz Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 117.

⁴⁰ Vgl. *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, S. 23ff.

⁴¹ Dezidiert ausgeführt bei *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 41ff.; *Harry Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 16.

⁴² *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, S. 266.

Tatbeständen.⁴³ Aus institutioneller Perspektive bedeutet dies, dass Gerichte in ihrer Rechtsprechung an den Willen des Gesetzgebers gebunden sind, aber rechtsfortbildend tätig werden können, wenn eine Konsultierung des historischen Gesetzeszweckes versagt oder grob unangemessen erscheint.⁴⁴

Wertungsjurisprudenz und Berücksichtigung von Gemeininteressen sind demnach auf zweierlei Art und Weise miteinander verbunden: Einerseits kann der Wille des Gesetzgebers darauf gerichtet gewesen sein, mittels der von ihm verabschiedeten Gesetze Gemeininteressen zu fördern. So kann er etwa Haftungsregeln erlassen haben, die unter anderem den Zweck verfolgen, die Umwelt zu schützen.⁴⁵ Oder er kann privatrechtliches Nichtdiskriminierungsrecht verabschiedet haben, um soziale Inklusivität zu stärken.⁴⁶ Diesen gesetzgeberischen Willen gilt es dann bei der Ermittlung des Gesetzeszwecks zu beachten. Andererseits kann ein merkliches gesellschaftliches Interesse, bestimmte Gemeininteressen intensiver zu fördern, Gerichte zu der Wertung veranlassen, diesen Gemeininteressen in ihren Entscheidungen ein stärkeres Gewicht beizumessen.⁴⁷ Denn ihrem Charakter als Methodenlehre entsprechend muss sich die Wertungsjurisprudenz nicht festlegen, welchen Gehalt die für die Auslegung des Gesetzeszwecks herangezogenen Wertungen haben. Es können Wertungen sein, die sich auf Individualinteressen, umgrenzbare Gruppeninteressen oder Gemeininteressen beziehen. So wäre es mit einem der Wertungsjurisprudenz verpflichteten Verständnis des Privatrechts vereinbar, wenn Gerichte bei der Frage, ob ein Nachbesserungsverlangen gemäß § 439 Abs. 4 S. 1 BGB wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigert werden darf, dem Umstand Beachtung schenken, dass Reparaturen grundsätzlich nachhaltiger sind als Ersatzlieferungen.⁴⁸

⁴³ Coing JZ 1951, 481 (485), Hervorhebung im Original.

⁴⁴ S. etwa Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 436; Klaus Röhl/Hans Christian Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 632; aus dem öffentlichen Recht Isensee in Ipsen u. a. (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel, 571 (583); Schlink Der Staat 19 (1980), 73 (101).

⁴⁵ So der Gesetzesentwurf eines UmweltHaftG, BT-Drs. 11/7104, S. 1.

⁴⁶ ErwG 12 RL 2000/43/EG (ABl. 2000 L 180/22); s. auch „Förderung der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung“ – ErwG 25 RL 2000/78/EG (ABl. 2000 L 303/16).

⁴⁷ Westermann führt zu den „möglichen Bewertungsfaktoren“ bei der von den Gerichten anzustellenden Bewertung aus: „In erster Linie gehören hierhin die Notwendigkeiten, die Privatinteressen in der geistesgeschichtlich, sozial und wirtschaftlich bedingten Form den Gemeinschaftsinteressen anzupassen“ (Harry Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 18, Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁸ Zu dem umweltschützenden Potenzial des Privatrechts demnächst ausführlich Schirmer, Nachhaltigkeit im Privatrecht, Habilitationsschrift im Entstehen.

2. Das Verhältnis von Gemeininteressen zur Materialisierung

Berührungspunkte bestehen auch zu den Debatten um eine Materialisierung des Privatrechts. Dabei ist der Begriff der Materialisierung nicht eindeutig besetzt.⁴⁹ Die Ungereimtheiten um seinen genauen Aussagegehalt hindern aber nicht daran, dass er vielfach verwendet wird.⁵⁰ Insbesondere Canaris und Lüttringhaus haben ihn genauer vermessen.

Canaris beleuchtet den Begriff der Materialisierung unter drei Gesichtspunkten, nämlich im Hinblick „auf die Vertragsfreiheit, auf die Vertragsgerechtigkeit und auf die dem Vertragsrecht zugrunde liegende weltanschaulich-politische Grundhaltung.“⁵¹ Mit Bezug auf seinen ersten Untersuchungsgegenstand, die Vertragsfreiheit, nimmt er den Unterschied zwischen einer „rechtlichen“⁵², „formal“⁵³ verstandenen Vertragsfreiheit und einer „tatsächlichen“⁵⁴, „material“⁵⁵ verstandenen Vertragsfreiheit auf.⁵⁶ Einer Materialisierung des Privatrechts begegne man, wo im Interesse der Gewähr tatsächlicher Vertragsfreiheit die rechtlichen Rahmenbedingungen zur Ausübung der formalen modifiziert würden.⁵⁷ Gehe es um die Vertragsgerechtigkeit, werde der Begriff „formeller Äquivalenz“ bemüht, „wenn die Rechtsordnung als Gegenleistung grundsätzlich anerkennt, was die Vertragsparteien als solche vereinbart haben.“⁵⁸ Im Unterschied hierzu bezeichne die „materielle[] Äquivalenz [...], wenn sie [Anm. JCG: die Rechtsordnung] ihrerseits die Gegenleistung unabhängig vom Parteiwillen inhaltlich festlegt.“⁵⁹ Auch hier sei ein Trend zur Materialisierung vernehmbar, wenn die von den Parteien vereinbarten Vertragsinhalte aufgrund von Wertungen geändert würden. Schließlich geht Canaris auf den Zusammenhang zwischen der

⁴⁹ Canaris AcP 200 (2000), 273 (276); „schillernde[r] Begriff“ – Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 2018, S. 323.

⁵⁰ S. nur Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005; Canaris AcP 200 (2000), 273 ff.; Derleder FS Wassermann, 643 (650); Drexler, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 296; Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 64; Hess JZ 2005, 540 (548); Lüttringhaus, Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt, 2018; Riesenhuber ZfPW 2018, 352 (358); Röthel NJW 2012, 337 (338); Rüping, Der mündige Bürger. Leitbild der Privatrechtsordnung?, 2017, S. 38 ff.; Eike Schmidt JZ 1980, 153 (155); Wagner in Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 13 ff.; ders. ZEuP 2008, 6 (13 ff.); Wiethölter Anales de la Cátedra F. Suárez, No. 22 (1982), 125 (128, 161).

⁵¹ Canaris AcP 200 (2000), 273 (276).

⁵² Ebd., 277 (Hervorhebung im Original nicht übernommen).

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Ebd. (Hervorhebung im Original nicht übernommen).

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Ebd. Dabei bezieht er sich allerdings nicht auf *Adam Smith*, sondern auf Texte der Privatrechtswissenschaft (Fn. 5).

⁵⁷ Ebd., 278 ff.

⁵⁸ Ebd., 283.

⁵⁹ Ebd.

ideologischen „Grundhaltung“⁶⁰ zur Ausrichtung des Privatrechts und Materialisierung ein. Während „formal“ hier für eine „freiheitlich-individualistische“⁶¹ Perspektive stehe, werde „material“ mit einer „sozialen“ Sicht auf das Privatrecht gleichgesetzt.⁶² Materialisierung beschreibe den Prozess, der von einem freiheitlich-individualistischen Verständnis des Privatrechts hin zu einem Verständnis führe, welches sich stärker an Gedanken des Schwächerenschutzes oder der gesellschaftlichen Funktion privatrechtlicher Ordnung orientiere.⁶³

Mit anderer Betonung zeigt Lüttringhaus in einer etymologischen Nachzeichnung, dass sich die Debatte um eine Materialisierung des Privatrechts – konkreter des Vertragsrechts – bis auf Äußerungen Adam Smiths zu Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit zurückverfolgen lässt.⁶⁴ Schon der schottische Ökonom habe den Unterschied zwischen formalgleicher Vertragsautonomie und den tatsächlichen Möglichkeiten der Vertragsparteien, von dieser Gebrauch zu machen, benannt.⁶⁵ Des Weiteren verweist er auf Weber, der das materiale, „soziale[] Recht“⁶⁶ mit dem formalen, modernen Recht kontrastierte. Weber, so die Auslegung von Lüttringhaus, habe im formalen Recht einen Fortschritt hin zu größerer Selbstbestimmung erblickt. Im Gegensatz hierzu sei sein Begriff des materialen Rechts eher negativ besetzt gewesen. Hinter ihm verbargen sich die Wertvorstellungen alter Eliten darüber, welcher Platz einzelnen Personen im gesellschaftlichen Gesamtgefüge zukam.⁶⁷ Von Webers Vorstellungen über ein materiales Recht schlägt Lüttringhaus schließlich die Brücke zu der bekannten Äußerung Wieackers, nach der „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrundelag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“⁶⁸ werde.⁶⁹

⁶⁰ Ebd., 289.

⁶¹ Diese Beschreibung eines gängigen Privatrechtsverständnisses findet sich bei *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 328. *Auer* spricht ähnlich von einer „individualistisch-freiheitlichen [...] Privatrechtsethik“ (*Auer*, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, 2005, S. 3).

⁶² Krit. zur Unbestimmtheit dieser Begrifflichkeiten *Canaris* AcP 200 (2000), 273 (289 ff.).

⁶³ Ebd.

⁶⁴ *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 2018, 325 f. Hier bestehen freilich Parallelen zu *Canaris* Konturierung der Materialisierung.

⁶⁵ Bezug nehmend auf *Adam Smith*, *Der Wohlstand der Nationen*, 5. Aufl. 1974, S. 58.

⁶⁶ *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, S. 506.

⁶⁷ *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 2018, S. 327 Fn. 29 mit Verweis auf *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, S. 467 ff., 495 ff., 502 ff. und 510.

⁶⁸ *Wieacker* in *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 9 (24).

⁶⁹ *Lüttringhaus*, *Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 2018, S. 327. Vor dieser historischen Aufarbeitung verwundert es, dass der Autor Selbstbestimmung und Selbstentfaltung als „Antrieb, Gegenstand und Ziel der Materialisie-

Gemeinsam ist den Entwürfen von Canaris und Lüttringhaus, dass bei ihnen die Materialisierung für eine Entwicklung des Privatrechts steht, welche Autonomiedefiziten, gesellschaftlichen Ungleichgewichtslagen und dem Steuerungspotenzial des Rechtsgebiets mehr Berücksichtigung schenkt.⁷⁰ Vor diesem Hintergrund werden die Schnittmengen zwischen Materialisierung und Berücksichtigung von Gemeininteressen erkennbar: Mit zunehmender Materialisierung finden Gemeininteressen vermehrt Berücksichtigung im Privatrecht. Materialisierung ist aber nicht einseitig „gemein“-orientiert. Oftmals zeigen sich Materialisierungstendenzen, wenn es um Individualschutz geht, etwa bei der Rücksichtnahme auf Informations- oder Entscheidungsdefizite einer strukturell unterlegenen Partei⁷¹ oder der Inhaltskontrolle von Eheverträgen.⁷² Diese eher „individuell“-orientierten Ausprägungen der Materialisierung stehen dann auch meist im Zentrum der Untersuchungen, die sich mit der Materialisierung auseinandersetzen. In Abgrenzung hierzu widmet sich die folgende Untersuchung im Schwerpunkt der „gemein“-orientierten Facette der Materialisierung.

3. *Das Verhältnis von Gemeininteressen zum Steuerungspotenzial des Privatrechts*

Die Berücksichtigung von Gemeininteressen im Privatrecht weist außerdem eine thematische Verwandtschaft zum Steuerungspotenzial des Privatrechts auf. Zwar werden das Strafrecht und das öffentliche Recht immer noch als die klassischen Rechtsgebiete wahrgenommen, über deren Inhalte Einfluss auf menschliches Verhalten genommen wird. Doch hat sich in den letzten Jahrzehnten der Kenntnisstand darüber erweitert, inwieweit Privatrecht zur Verhaltenssteuerung eingesetzt werden kann.⁷³ Bei der Bemessung von Schadensersatz für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat sich der BGH beispielshalber dazu entschlossen, mitunter zu berücksichtigen, ob von dessen Höhe ein „echter Hemmungseffekt“ ausgeht.⁷⁴ Daran anknüpfend analysiert die Privatrechtswissenschaft, nach welchen Kriterien sich die abschre-

nung“ (S. 331) verstanden wissen möchte und damit mit historischen Vorstellungen von Materialisierung bricht.

⁷⁰ Mit dieser Entwicklung geht ein stärkerer Einfluss des Gesetzgebers und der Gerichte auf privatautonome Betätigung einher. Gesetzliche Vorgaben können begrenzen, welches Verhalten rechtswirksame Folgen zeitigt. Gerichte können über eine „Abschluss- und Ausübungskontrolle“ (Röthel NJW 2012, 337 [338]) Verträge einer rechtlichen Bewertung zuführen.

⁷¹ S. BVerfGE 89, 214 (232).

⁷² BVerfGE 103, 89; BVerfG NJW 2001, 2248.

⁷³ S. nur Grünberger AcP 218 (2018), 213 (241 ff.); Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 98 ff.; Micklitz GPR 2009, 254 (255 ff.); Möslin (Hrsg.), Regelsetzung im Privatrecht, 2019; Wagner AcP 206 (2006), 352 ff.; Wendebohrst in Schumann (Hrsg.), Das erziehende Gesetz, 113 (115 ff.); dies. FS Canaris, 681 (686 ff.). – Explizit zu Wagner s. unten Kap. 1. VI. 4. b).

⁷⁴ Caroline von Monaco – BGHZ 128, 1 (16); BGH, NJW 2005, 215 (218).

ckende Wirkung solcher Schadensersatzansprüche bemessen lässt oder ob die Rechtsprechung übertragen werden kann auf Ersatzansprüche für andere immaterielle oder materielle Schäden.⁷⁵ Zusätzlich gehen Forschungen der Frage nach, wie privatrechtliche Gesetze ausgestaltet sein sollten, um Verhalten in eine gewünschte Richtung zu beeinflussen.⁷⁶ Oft bedient man sich dabei der Methoden der ökonomischen Analyse des Rechts, deren Spektrum an Ansätzen sich in den letzten Jahren merklich erweitert hat. Den rational handelnden *homo oeconomicus* vor Augen wird analysiert, welche Haftungsanordnung „effizient“ ist⁷⁷ oder nach dem „bestmögliche[n] Design der Schadenshaftung“⁷⁸ gesucht. Gleichzeitig spürt die „verhaltenswissenschaftlich-ökonomische[] Analyse des Rechts“⁷⁹ der Frage nach, wie unter Anerkennung des Umstands, dass Menschen nur bedingt zu rationalem Urteilen fähig sind, Recht aussehen sollte, um ihr Verhalten in die „an sich“ gewünschte Richtung zu *nudgen*, d. h. zu stupsen.⁸⁰ Die angesprochenen Phänomene Schadenshaftungsdesign und *Nudging* sind Regulierungsmethoden.⁸¹ Als solche enthalten sie keine Aussage zu ihrer normativen Legitimation.⁸² Diese Legitimation müssen andere, materielle Ansätze vermitteln.

Weil die Verhaltenssteuerung mittels Privatrechts unterschiedliche Ziele verfolgen kann, bieten sich verschiedene Ansatzpunkte zu ihrer Legitimation an. Insbesondere im Hinblick auf das *Nudging* wird als Legitimation der Paternalismus in der Spielart des „libertären Paternalismus“⁸³ angeführt. Der Einzelne soll durch staatlichen Eingriff vor den Konsequenzen eines Handelns geschützt werden, mit dem er sich selbst schadet. Allerdings soll gemäß der libertären Paternalismus-Ausprägung dieser Eingriff minimalinvasiv sein. Dem Einzelnen soll die freie Entscheidung über sein Verhalten bleiben und lediglich der

⁷⁵ S. etwa *Thomas Dreier*, *Kompensation und Prävention*, 2002, S. 133 ff.; *Wagner* AcP 206 (2006), 385 f.

⁷⁶ *Wagner*, *Deliktsrecht*, 14. Aufl. 2021, S. 26 ff.; *MüKoBGB/Wagner*, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 53 ff.; speziell zur Kfz-Haftung *Korch*, *Haftung und Verhalten*, 2015, S. 79 ff.

⁷⁷ *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. 2015, S. 77 und passim.

⁷⁸ *Franck*, *Marktordnung durch Haftung*, 2016, S. 44.

⁷⁹ *Eidenmüller* JZ 2005, 216 (218 ff.); *ders.* AcP 210 (2010), 67 (87 ff.); *Franziska Weber/Schäfer* *Der Staat* 56 (2017), 561 (564); ebenfalls die modifizierte Version des Ansatzes vertretend *Faust* in *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 826 (830).

⁸⁰ Wegweisend *Kahneman/Slovic/Tversky*, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982 sowie *Jolls/Sunstein/Thaler*, *Stanford L. Rev.* 50 (1998), 1471 ff. Einer breiten Öffentlichkeit wurde *Nudging* bekannt durch *Thaler/Sunstein*, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, 2008.

⁸¹ So bzgl. des *Nudgings* *Franziska Weber/Schäfer* *Der Staat* 56 (2017), 561.

⁸² *Eidenmüller* JZ 2011, 814 (819 f.); gleichsinnig *Franziska Weber/Schäfer* *Der Staat* 56 (2017), 561 (575).

⁸³ Grundlegend *Sunstein/Thaler* *U. Chi. L. Rev.* 70 (2003), 1159 ff.; weiterführend *Kirste* JZ 2011, 805 ff.; *Neumann*, *Libertärer Paternalismus*, 2013; *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 219 f.

rechtliche Rahmen, in dem die Entscheidung getroffen wird, so konzipiert werden, dass sich Rationalitätsdefizite so wenig wie möglich auswirken. Möchte man den Bogen zu den hier interessierenden Gemeininteressen schlagen, könnte man zunächst vermuten, dass Paternalismus als Schutz des Einzelnen vor sich selbst und die Berücksichtigung von Gemeininteressen disparat nebeneinanderstehen. Tatsächlich gibt es aber Verbindungen. Einerseits kann der Schutz des Einzelnen vor seinen eigenen Entscheidungen zu einem mittelbaren Schutz von Gemeininteressen führen.⁸⁴ Wenn der Staat den Konsum harter Drogen verbietet, so geschieht dies nicht nur, um den Einzelnen vor der Drogensucht zu schützen, sondern auch, um die mit einer Drogensucht einhergehenden gesamtgesellschaftlichen Kosten gering zu halten. Andererseits kann der Schutz des Einzelnen vor seinen eigenen Entscheidungen auch bedeuten, dass er „an sich“ im Sinne einer Förderung von Gemeininteressen entscheiden möchte und vor einer gegenteiligen Entscheidung geschützt wird. Möchte sich eine Verbraucherin etwa umweltschonend verhalten, kommt ihr ein Gesetz, dass die unentgeltliche Ausgabe von Tragetüten in Geschäften verbietet, entgegen. Es bietet ihr einen zusätzlichen Anreiz, auf die Mitnahme der Tüten zu verzichten.

Um die Steuerung individuellen Verhaltens durch Privatrecht zu legitimieren, können aber auch Argumente angeführt werden, die sich nicht auf die Interessen des Entscheiders stützen, sondern auf den Schutz externer Interessen abzielen. Die Präventionsfunktion privatrechtlicher Gesetze⁸⁵ oder Urteile⁸⁶ bezeichnet, dass mit Hilfe des Privatrechts in der Zukunft bestimmtes unerwünschtes Verhalten eingeschränkt oder gesetzwidriges Verhalten unterbunden werden soll. Dadurch sollen Interessen, die nicht dem Interessenkreis des Handelnden zuzurechnen sind, geschützt werden. Bei diesen Interessen kann es sich sowohl um die Individualinteressen Dritter als auch um Gemeininteressen handeln.

Die letzte Gruppe – Recht, das Verhalten im Sinne von Gemeininteressen beeinflussen soll – fasst Hellgardt unter dem Oberbegriff des Regulierungsrechts zusammen. Mit „Regulierungsfunktion“ bezeichnet er „den Einsatz von Recht als staatliches Instrument mit einer über den Einzelfall hinausreichenden Steuerungsentention, die auf die Implementierung politischer *Allgemeinwohlziele* gerichtet ist.“⁸⁷ Diese Arbeit macht sich den von Hellgardt gewählten Regulierungsbegriff nicht zu eigen, weil Regulierung schon vor der von ihm vor-

⁸⁴ Darauf – auch mit Verweis auf das Verbot von Drogenkonsum – hinweisend Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 19. Zur ähnlich gelagerten Abgrenzungsschwierigkeit von Rechtsmoralismus und Paternalismus Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008, 27 f.

⁸⁵ So zu § 817 S. 2 BGB Canaris FS Steindorff, 519 (524); Klöhn AcP 210 (2010), 804 (817 f.); Wagner AcP 206 (2006), 352 (366 f.).

⁸⁶ Bsp. BGHZ 128, 1 (16).

⁸⁷ Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 50 (Hervorhebung nicht im Original). Ähnlich Wendehorst FS Canaris, 2017, 681 (687).