

# Die Zukunft des Privatrechts\*

## 1. Historische Grundlagen des Privatrechts

Das Deutsche Privatrecht hat ein hohes dogmatisches Niveau. Insbesondere das Schuldrecht und der Allg. Teil gehören zu den am höchsten entwickelten Kodifikationen in Europa. Aus ihm spricht noch heute die begriffliche Klarheit und Einfachheit des römischen Rechts, das auch den Zivilrechtskodifikationen der anderen europäischen Länder zugrunde liegt.

Dem Laien, aber auch dem Juristen sind die römischen Wurzeln unserer heutigen Zivilrechtsordnung weniger geläufig als andere lateinische Stilelemente der europäischen Kultur. Die Wiege des Rechts stand in der griechisch-römischen Antike<sup>1</sup>, wo die gesamte abendländische Kultur und die urbane Zivilisation ihre Wurzeln hatten. Die römische Jurisprudenz zählt neben der griechischen Philosophie und der christlichen Religion zu den wichtigsten Vermächtnissen der Antike.<sup>2</sup>

Lassen Sie mich die Herkunft dieser Materien aus dem römisch-gemeinen Recht kurz skizzieren. Die Redaktoren des BGB orientierten sich nach dem frühen Tod des Reg.-Rat vKübel, am *Dresdner Entwurf* eines Obligationenrechts,<sup>3</sup> der eine gelungene Kodifizierung des römisch-gemeinen Rechts enthielt. Der Entwurf wurde also nie Gesetz, prägte aber das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Auch Münzinger der Schöpfer des OR von 1881 folgte diesem Vorbild. Dadurch erklärt sich die nahe Verwandtschaft zwischen Schweizer Obligationenrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Friedrich Carl von Savigny hat über die Römischen Juristen gesagt, dass sie gleichsam mit Begriffen gerechnet hätten. Rechnen kann man nicht mit Begriffen, nur mit Zahlen. Richtig ist aber, dass viele Generationen vom Glanz der Logik des Römischen Rechts fasziniert waren. Das Römische Recht erlangte ein Mass an begrifflicher und systematischer Klarheit, an Eleganz und Einfachheit, das später nicht wieder erreicht wurde. Ein Beispiel ist die Unterscheidung zwischen Befristung (*dies*) und Bedingung (*condicio*). Der Eintritt ist bei der Be-

---

\* Abschiedsvorlesung, gehalten an der Universität Zürich am 22. Juni 2007. Die Vortragsform wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Zum Folgenden *Honsell*, recht 1987, 33 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Koschaker*, Europa und das röm. Recht (4. Aufl. 1966).

<sup>3</sup> Dresdener "Entwurf eines allgemeinen dt. Gesetzes über die Schuldverhältnisse" 1866.

fristung gewiss, bei der Bedingung ungewiss: certus oder incertus *an*. Das ist einfach. Eine gewisse Komplikation entsteht jedoch, wenn man hinzunimmt, dass beide entweder zu einem gewissen oder einem ungewissen Zeitpunkt eintreten können: Sie können certus oder incertus *quando* sein. Daraus ergeben sich vier verschiedene Kombinationsmöglichkeiten. Eine ungewisse Bedingung mit bestimmtem oder unbestimmtem Termin. Eine Befristung mit bestimmtem oder unbestimmtem Termin. Jetzt werden Sie vielleicht fragen: Eine Befristung mit ungewissem Zeitpunkt, gibt es das? Das wichtigste Beispiel ist der Tod: mors certa hora incerta. Aus dem Römischen Recht stammen alle wesentlichen Elemente und Grundprinzipien des Privatrechts, der Begriff der Obligation und des Privateigentums, das Prinzip von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs, der Satz *pacta sunt servanda* oder die *Maxime der guten Sitten*, vor allem aber die liberale Gesellschaftsform der Privatautonomie mit freien und mündigen Bürgern, die ihre Rechtsverhältnisse selbst regeln. Wichtige Freiheitsrechte dieser Zivilgesellschaft sind die Vertrags- Vereins- und Testierfreiheit sowie die Wirtschafts- und Gewerbefreiheit.

## 2. Das Privatrecht auf dem Rückzug

Das in der römisch-gemeinrechtlichen Tradition stehende BGB ist heute von mehreren Seiten einer Erosion ausgesetzt. Neben den Zentrifugalkräften, mit denen jede Kodifikation alsbald durch Judikatur und Wissenschaft konfrontiert wird, die auslegen, anpassen und fortbilden, resultiert eine Verschlechterung aus einer wachsenden Zahl rechtspolitisch fragwürdiger und legislativ mangelhafter Gesetze.

Die Gesetzesflut wurde zu allen Zeiten beklagt; das hat ihr Anschwellen nicht verhindert. Von *Montesquieu*<sup>4</sup> stammt der Satz „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen“ und von *Tacitus*<sup>5</sup> ist das Verdikt überliefert: *corruptissima res publica plurimae leges*.

*Savigny* sah eine Gefahr für das Recht durch die Gesetzgebung: „Was dagegen in der Tat das Recht um alles feste Bestehen bringt, ist gerade die Liebhaberei zum Gesetzgeben“.<sup>6</sup> Diese Liebhaberei hat heute ein nie da gewesenes Ausmass erreicht.

---

<sup>4</sup> De l'Esprit des lois, Genf 1748.

<sup>5</sup> Annales 3, 27.

<sup>6</sup> *Savigny*, Vermischte Schriften (1850) 170, in einer Rezension von Görner, Über Gesetzgebung.

Der Idealstaat des Thomas Morus<sup>7</sup> in Utopia beginnt mit dem Satz *Leges habent perquam paucas ... ipsi vero censent iniquissimum ullos homines his obligari legibus, quae numerosiores sint quam ut perlegi queant, aut obscuriores, quam ut a quovis possint intellegi.*

Gesetze haben sie nur ganz wenige. Und sie halten es für höchst unbillig, irgend jemand durch Gesetze zu verpflichten, die entweder zu zahlreich sind als dass man sie durchlesen oder zu dunkel als dass man sie verstehen könnte.

Heute ist ein Übermass an staatlicher Reglementierung festzustellen. Niemand wird eine Rückkehr zum Nachtwächterstaat oder zu einer Laissez-faire-Politik das Wort reden, doch ist es notwendig, dass sich der Staat wieder mehr auf seine Kernaufgaben und sein Wächteramt besinnt und die moderne Zivilrechtsgesellschaft nicht unnötig behindert.

Mit der steigenden Zahl der Gesetze ist nicht nur ein zunehmender Freiheitsverlust für die Bürger, sondern auch ein bedenklicher Qualitätsverlust verbunden. Durch schlechte Gesetze werden häufig mehr neue Probleme geschaffen als alte gelöst. Ich darf noch einmal *Montesquieu*<sup>8</sup> zitieren: „ein schlechtes Gesetz verpflichtet den Gesetzgeber, viele andere Gesetze zu erlassen, die meist genauso schlecht sind ...“

Der Gesetzgeber überfrachtet das Privatrecht zunehmend mit Vorschriften, die kurzlebigen Moden und einer gewisse Beliebigkeit entspringen, die selten hinreichend durchdacht, dafür aber langatmig und oft schwer verständlich sind. So stellt sich die Frage nach der Zukunft der Privatautonomie im überregulierten und lenkungsgläubigen Umfeld des modernen Staates. Dabei wird die Trennung von Privatrecht auf der einen und öffentlichem Recht und Strafrecht auf der anderen Seite mehr und mehr ignoriert, indem das Privatrecht mit systemfremden Elementen angereichert wird. Es gibt zahlreiche Abgrenzungsversuche zwischen privatem und öffentlichem Recht. Eine der ältesten, heute vergessenen, geht auf den römischen Juristen Papinian zurück: Danach ist alles *ius cogens* öffentliches Recht,<sup>9</sup> auch wenn es in Privatrechtsgesetzen enthalten ist. Der Grund ist einfach: Zwingendes Recht kann von den Bürgern nicht abgeändert werden. Es unterliegt nicht der Privatautonomie. Die Zunahme des öffentlichen Rechts im Privatrecht ist auch deshalb bedauerlich, weil damit ein Verlust an dogmatischem Niveau verbunden ist. Ein Bonmot vergleicht das Privatrecht mit dem Schachspiel, öffentliches Recht mit Mühle und Strafrecht mit Mensch ärgere dich nicht.

---

<sup>7</sup> De optimo statu reipublicae deque nova insula Utopia c. X Frankfurt/Leipzig 1689, Nachdruck Frankfurt 1963, 216.

<sup>8</sup> *Cahiers* (1941) 119: Une mauvaise loi oblige toujours le législateur à en faire beaucoup d'autres, souvent très mauvaises aussi, pur en éviter les mauvais effets, ou du moins pour remplir l'objet de la première.

<sup>9</sup> Vgl. Papinian D 2, 14, 38: *Ius publicum quod privatorum pactis mutari non potest* – öffentliches Recht ist dasjenige Recht, dass durch Vereinbarung von Privatleuten nicht geändert werden kann.

Es geht aber nicht um Eleganz oder um die Erhaltung eines dogmatisch hoch entwickelten Systems. Es geht viel mehr um die schrittweise Einschränkung der Privatautonomie, der Bürgerfreiheit. Sie beruht auf dem Grundgedanken, dass der beste Garant für eine prosperierende Gesellschaft das natürliche Streben des Individuums nach Glück und Wohlstand ist (pursuit of happiness). Dieser Gedanke findet sich schon in dem grundlegenden Werk von *Adam Smith*, über den Wohlstand der Nationen, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776). Danach ist das Gewinnstreben des homo oeconomicus der Garant für die Wohlfahrt der Gesellschaft. Natürlich kann man fragen, wie aus dem Egoismus der Individuen ein harmonisches Ganzes entstehen soll. Nach *Adam Smith* wird der Markt von einer „unsichtbaren Hand“ (invisible hand) geordnet. Das freie Spiel der Kräfte von Angebot und Nachfrage führt nach diesem Modell im freien Wettbewerb zu einem ausgeglichenen Markt mit optimaler Güterversorgung und fairen Preisen. Diese klassische Theorie des Wirtschaftsliberalismus hat im 19. Jh zur Ablehnung jeglicher staatlicher Intervention oder Regulierung geführt. Die stand seit je unter einem potentiellen Missbrauchsverdacht. Man denke an *Goethes* berühmten Ausspruch: Politisch Lied, garstig Lied. Andererseits bemerkte man schon früh die „soziale Blindheit“ des Marktes und erkannte, dass ein Eingreifen des Staates zum Schutze sozial Schwächerer notwendig ist. *Otto von Gierke* kritisierte das Fehlen „eines Tropfens sozialistischen Öles“ und der französische Kommunist *Garaudy* beschrieb die Privatautonomie mit der Metapher vom „freien Fuchs im freien Hühnerstall“. Der formale Gleichheitsbegriff des Liberalismus gab auf soziale Fragen keine Antwort.

In der Industriegesellschaft des 20. Jahrhunderts rückten die sozial notwendigen Korrekturen in den Vordergrund, vor allem die Reform des Arbeits<sup>10</sup>- und des Mietrechts. Der Gesetzgeber gewährleistet den Schutz der sozial Schwächeren hauptsächlich durch zwingendes Recht und asymmetrische Regelungen. Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit des Individuums und staatlicher Regulierung ist aus der „sozialen Marktwirtschaft“ nicht wegzudenken. Im Mietrecht hat sich die Meinung durchgesetzt, dass das Wohnen wegen seiner existenziellen Bedeutung für das Individuum nicht der freien Parteivereinbarung überlassen werden könne. Der Schluss von der Bedeutung des Wohnens auf die Notwendigkeit staatlicher Regulierung ist allerdings vordergründig. Ernährung und Bekleidung sind genauso wichtig wie Wohnen; und doch überlässt der Staat hier das meiste dem Markt. Entscheidend ist nicht die existenzielle Bedeutung des Wohnens, sondern die Knappheit von Wohnraum, die namentlich in den Bal-

---

<sup>10</sup> Auch hier gibt es Spielraum für Flexibilisierung und Deregulierung; näher *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996) 47.

lungsgebieten zu einer Störung des Marktes und überhöhten Mieten geführt hat. Die richtige politische und ökonomische Antwort hierauf liegt in der Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau. Auf einem ausgeglichenen Markt braucht man einen Schutz vor missbräuchlichem Mietzins und willkürlicher Kündigung allenfalls in Sonderfällen.

Das Privatrecht wird durch das öffentliche Recht zunehmend eingeengt, und man muss fragen, ob der Spruch *Gustav Boehmers* „Öffentliches Recht vergeht – Privatrecht besteht“ nicht längst ins Gegenteil verkehrt ist. Das Privatrecht befindet sich auf dem Rückzug, und man kann nur hoffen, dass das Pendel eines Tages wieder zurück schwingt.

In der Industriegesellschaft des 20. Jahrhunderts rückten die sozial notwendigen Korrekturen in den Vordergrund, vor allem die Reform des Arbeits<sup>11</sup>- und des Mietrechts. Der Gesetzgeber gewährleistet den Schutz der sozial Schwächeren hauptsächlich durch zwingendes Rechts und asymmetrische Regelungen. Das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit des Individuums und staatlicher Regulierung ist aus der „sozialen Marktwirtschaft“ nicht wegzudenken. Im Mietrecht hat sich die Meinung durchgesetzt, dass das Wohnen wegen seiner existenziellen Bedeutung für das Individuum nicht der freien Parteivereinbarung überlassen werden könne. Der Schluss von der Bedeutung des Wohnens auf die Notwendigkeit staatlicher Regulierung ist allerdings vordergründig. Ernährung und Bekleidung sind genauso wichtig wie Wohnen; und doch überlässt der Staat hier das meiste dem Markt. Entscheidend ist nicht die existenzielle Bedeutung des Wohnens, sondern die Knappheit von Wohnraum, die namentlich in den Ballungsgebieten zu einer Störung des Marktes und überhöhten Mieten geführt hat. Die richtige politische und ökonomische Antwort hierauf liegt in der Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für den Wohnungsbau. Auf einem ausgeglichenen Markt braucht man keinen Schutz vor missbräuchlichem Mietzins und willkürlicher Kündigung.

In den letzten Jahrzehnten hat die Regulierung enorm zugenommen. Das Privatrecht wird durch das öffentliche Recht zunehmend eingeengt, und man muss fragen, ob der Spruch *Gustav Boehmers* „Öffentliches Recht vergeht – Privatrecht besteht“ nicht längst ins Gegenteil verkehrt ist. Das Privatrecht befindet sich auf dem Rückzug, und man kann nur hoffen, dass das Pendel eines Tages wieder zurück schwingt.

Die seit den Siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts geführte Deregulierungsdebatte ist ohne jede Wirkung geblieben. Im Gegenteil: Die Bürokratisierung schreitet unaufhaltsam fort, die Regulierungsdichte nimmt ständig zu und hat inzwischen ein beängstigendes Ausmass angenommen. Man spricht jetzt wieder von Reregulierung. Der Glaube an Regulierung und

---

<sup>11</sup> Auch hier gibt es Spielraum für Flexibilisierung und Deregulierung; näher *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat (1996) 47.

Lenkung feiert fröhliche Urstände. Alles wird geregelt. Namentlich die EU produziert Verbote und Anreize am laufenden Band. So verhängt die Kommission z.B. Strafen gegen Unternehmen ohne jedes Mass, wegen relativer Kleinigkeiten, wie Behinderung von Re-Importen oder wegen Festsetzung unterschiedlicher Preise für Musikdownloads in den einzelnen EU-Staaten (usw.). Volkswagen musste einen Jahresgewinn von 250 Mio. Euro an Brüssel abliefern (wegen Behinderung von Reimporten), Siemens soll 419 Mio. zahlen, Apple 488, Microsoft ist wegen des gleichzeitigen Angebots seines Media Players zu 497 Mio. verurteilt worden; knapp 1 Mrd. wurden verhängt gegen ein Aufzugs- und Rolltreppen-Kartell. Kartelle sind keine Lappalien, sondern ernst zu nehmende Angriffe auf den Markt. Doch sind die Strafen entschieden zu hoch und rational nicht begründbar. Man rechtfertigt sie mit dem Argument, dass eine wirksame Abschreckung notwendig sei, um die Verbraucher vor überhöhten Preisen zu schützen. In Wahrheit werden aber Aufzüge durch Milliardenstrafen nicht billiger, sondern teurer, denn soweit die Unternehmen die Brüssler Strafaktionen überleben, müssen sie versuchen, die Strafen bilanziell zu verkraften. In der Regel handelt es sich um Aktiengesellschaften, und das Geld wird den Aktionären weggenommen. So erklärte die Kommission im Fall von VW einen Jahresgewinn als Strafe für die Behinderung von Reimporten für angemessen. Im Fall Microsoft hatte die Kommission im März 2004 ein Bußgeld in Höhe von 497,2 Millionen Euro festgesetzt. Sie war nach fünfjährigen Ermittlungen zu dem Ergebnis gekommen, dass Microsoft durch Ausdehnung seines Quasi-Monopols bei Betriebssystemen für PCs auf den Markt für Betriebssysteme für Arbeitsgruppenserver und den Markt für Medienabspielprogramme gegen europäisches Wettbewerbsrecht (Artikel 82 EG-Vertrag) verstoßen habe. Microsoft missbrauche seine Marktmacht, indem es bewusst die Dialogfähigkeit zwischen dem Windows-Betriebssystem für PCs und anderen Systemen einschränke. Die Kommission forderte die Offenlegung der Schnittstellen und den Vertrieb des Betriebssystems ohne den Media Player.

Zu kritisieren ist der lockere Umgang mit dem Satz *nulla poena sine lege certa et clara*. Der EuGH geht in seinem neuen Microsoft-Urteil auf die Rechtsgrundlage dieser Milliardenstrafen erst gar nicht ein. Art. 81 und die VO 1/2003 werden nur *en passé* genannt. Das Gericht behauptet einfach, die Strafe sei nicht arbiträr. Nebenbei: Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird nicht dadurch genügt, dass man die Schriftsätze der Parteien ins Urteil übernimmt und dann die Rechtsbehauptung einer Seite wiederholt: Die Strafe ist nicht arbiträr, der Antrag unbegründet. Das Urteil besteht aus 693 (!) Seiten ständiger im copy paste Verfahren produzierter Wiederholungen ohne sachliche Substanz. Man hat den Eindruck, es gehe darum, in einem Wust von ungegliederten Wiederholungen die Argumentationsarmut zu verbergen

Bei Microsoft hatte die Kommission die völlig willkürlich „out of the blue“ angesetzten, aber noch unter 10% des Umsatzes liegenden 165 Mio. EUR verdoppelt, weil nur so eine abschreckende Wirkung erzielt werden könnte. Kein Wort dazu, dass allenfalls fahrlässig handelt, wer seine Rechtsposition für richtig hält, was man gut vertretbar tun konnte. Die Kommission selbst hat ja 5 Jahre gebraucht, um zu dem Ergebnis zu kommen es liege ein Verstoß gegen Art. 82 vor. Den hat sie dann gleich very serious genannt. Vollends unverständlich ist es, wie man bei dieser Sachlage nochmals 50% wegen der langen Dauer der Verletzung draufsatteln konnte. Heraus kamen schließlich 497 Mio. EUR in einem Verfahren das jeder rationalen Begründung entbehrt. Für die Verdoppelung zum Zwecke der Abschreckung - so sollte man erwarten - sei eine gesetzliche Grundlage nötig. Die gibt es aber nicht und das Problem wird vom EuGH nicht einmal gesehen. Sie kennen alle die vagen Tatbestände des Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art. 81) und der Missbrauchs-kontrolle (Art. 82). Art. 83 ermächtigt den Rat „die zweckdienlichen Verordnungen und Richtlinien zur Verwirklichung der in den Art. 81 u. 82 niedergelegten Grundsätze“ zu erlassen. Eine den rechtsstaatliche Erfordernissen genügende Regel, würde schon für gewöhnliches Verwaltungshandeln eine einigermaßen konkrete Determination verlangen, wie sie zB in Art. 80 Abs. 1 GG GG oder in Art 18 öBV verlangt wird. Um wieviel mehr muss dies aber für Straftatbestände gelten? Art. 83 enthält eine völlig offene Delegation zur Schaffung von Geldbussen und Zwangsgeldern für die Tatbestände der Art. 81 u 82 EGV und die VO 1/2003 sagt hierzu in Art. 23 Abs. 2 lediglich, dass die Kommission bei vorsätzlichen oder fahrlässigen (also auch bei leichtfahrlässigen) Verstößen gegen Art. 81 u. 82 (Art. 23 Abs. 2 lit. a) Geldbussen bis zu einem Höchstbetrag von 10% des letzten Jahresumsatzes verhängen darf und dass bei der Festsetzung der Buße sowohl die Schwere der Zuwiderhandlung als auch deren Dauer zu berücksichtigen ist (Abs. 3). Diese Sanktion ist völlig unverhältnismäßig. In Erw. 34 heißt es deshalb quasi prophylaktisch die VO gehe nicht über das zur Erreichung ihrer Ziele Erforderliche hinaus und verstoße nicht gegen Art. 5 EGV. Die Frage, ob die 10% vom Umsatz noch verhältnismäßig sind, wird erst gar nicht gestellt. Die Vorstellungen der Kommission von der Verhältnismäßigkeit scheinen von US-amerikanischen Vorstellungen geprägt zu sein. Dort weiß man mit dem german principle of proportionality auch nichts anzufangen.. Das ist ein Hohn Die unbestimmte Delegation genügt rechtsstaatlichen Grundsätzen in keiner Weise. Eine Verdoppelung zur Abschreckung findet sich werde in den Art. 81 ff. noch in den VOen. Auch die Eigentumsgarantie des GG ist tangiert. Die Berechnung erinnert fatal an die US-amerikanischen punitive damages und inzwischen hat die Kommission mit der

VO 2003/1 auch ein Kartelldeliktsrecht mit Schadensersatzansprüchen ohne Schaden etabliert und der deutsche Gesetzgeber ist ihr hierin, wie stets, willig gefolgt.

Gespentisch muten auch Überlegungen an, welche die Generaldirektion Wettbewerb zur Zeit für den Strommarkt anstellt. Bei dem Versuch mehr Wettbewerb durchsetzen hat man sich in einen Regulierungswust verstrickt, der immer neue Reglementierungen nötig macht. Lieferverträge dürfen nicht mehr für eine längere Laufzeit als 5 Jahre abgeschlossen werden, nur damit andere Marktbewerber eine Chance auf diesen Vertrag erhalten.<sup>12</sup> Auch über diktierte Verträge denkt man bereits nach. Diese Angriffe auf die Freiheit der Partnerwahl laufen – *difficile satiram non scribere* – unter dem Stichwort „Liberalisierung“.

Bei den Anreizen finden sich ähnliche Auswüchse wie bei den Verboten. Im Agrarsektor der EU z.B. gab es für Vieh Aufstell- und Schlachtprämien in ständigem Wechsel. Besonders verwerflich ist die sog. „Herodes“-Prämie. Die EU zahlt über 100 Euro für jedes neugeborene Kalb, das getötet wird, bevor es 20 Tage alt ist. Deshalb werden Kälber zum Wegwerfen erzeugt. Da dies in Deutschland verboten ist, werden sie nach Frankreich und Spanien exportiert und dort zu Tiermehl verarbeitet. Trotz heftiger Proteste von Tierschutzvereinen und auch von nationalen Parlamenten hat sich hieran nichts geändert. Aber ich will Sie nicht mit weiteren Details von Unsinnigkeiten und Widersprüchen des Agrarmarktes langweilen.

Die EU alimentiert eine gewaltige Bürokratie, die für eine gigantische Fehlallokation knapper Ressourcen steht und zweifelhafte Geldtransfers betreibt. So zahlt z.B. Deutschland jährlich Beiträge von 18 Mrd., erhält aber 12 Mrd. wieder zurück, allerdings zweckgebunden für zum Teil sinnlose oder jedenfalls nicht vordringliche Projekte, wie Erlebnisbäder, Fernradwege, Feuerwehrhäuser, Froschbiotop usw. In Deutschland hat inzwischen jedes Dorf ein neues Feuerwehrhaus und es gibt weit über 10'000 kartierte Froschbiotop. Es wäre höchste Zeit für eine kleine, aber einfache Reform: Die Nettozahler sollten nur noch die Nettobeiträge überweisen und könnten dann selbst entscheiden wie sie ihr Geld verwenden.

Die EU hat unter Missachtung des Prinzips der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, die in Art. 5 EGV niedergelegt sind, einen Wald oder besser ein Gestrüpp von Vorschriften geschaffen, ein Labyrinth der geregelten Welt, in dem sich niemand mehr zurechtfindet und das konträr zur Marktwirtschaft auf Regulierung setzt. Dabei führt oft eine mächtige Lobby die Feder. Der EU-Gesetzgeber erfindet die Welt permanent neu und beschreibt sie unbeholfen und wortreich. So als glaubte man, dass die Dinge erst existieren, wenn sie von der EU definiert worden sind. *Quod non est in lege non est in mundo*. Die Gesetzblätter werden mit schwer verständlichen, unnötig komplizierten und überflüssigen Details gefüllt. Man fühlt

---

<sup>12</sup> Näher *Honsell FS Mayer-Maly* (2002) 13, 298 f. Fn 57.

sich wie in Andersens Märchen „des Kaisers neue Kleider“ und wartet darauf, dass das Kind endlich sagt, „der Kaiser hat ja gar nichts an“. Die Gesetzesflut stellt eine grosse Belastung und Gängelung der Wirtschaft dar und verursacht enorme Kosten.

Das Amtsblatt für die Rechtsvorschriften umfasst inzwischen Hunderttausende Seiten von überlangen, schwer verständlichen und ermüdend zu lesenden Gesetzen. Häufig sind sie fehlerhaft, so dass jede Woche bis zu 10 Berichtigungen notwendig werden. Manchmal muss ein ganzer Erlass wegen Fehlerhaftigkeit ein zweites Mal publiziert werden.

Das Europäische Recht tangiert auch die Zukunft des Privatrechts durch eine planlose, inhaltlich beliebige und legislatisch schlechte ad hoc-Gesetzgebung, die permanente Novellen notwendig macht. Die Änderung der Änderung der Änderung. Oft ist es die vorletzte Novelle, welche die letzte notwendig gemacht hat. Ein altes Zitat sagt: Die zehn Gebote Gottes haben 279 Wörter, die amerikanische Unabhängigkeitserklärung hat 300 und eine Verordnung der europäischen Gemeinschaft über den Import von Karamelbonbons hat 25911 Wörter.<sup>13</sup> *Se non è vero è ben trovato*. Der Verfassungsentwurf hat 480 Seiten. Zum Vergleich: Das Grundgesetz hat weniger als 60.

Die Idee eines vereinigten und einigen Europa ist wunderbar. Sie kontrastiert aber scharf mit der Realität der Brüssler Bürokratie und ihrer längst unzumutbar gewordenen Gesetzgebung.

### **3. Verbraucherschutz**

Nicht wenig zur Verschlechterung der Gesetzesqualität im Privatrecht hat der Verbraucherschutz beigetragen, den sich die EU als besonderes Ziel erkoren hat. Die Schweiz hat dies zum Teil übernommen, z.B. mit dem Widerruf von Haustürgeschäften, dem Konsumkreditgesetz und dem Pauschalreisegesetz. Der Verbraucherschutz war eine Erfindung im Wahlkampf des US-Präsidenten Kennedy, mit der man hoffte, möglichst viele Wähler anzusprechen, weil ja alle Verbraucher sind. Die EU-Kommission hat diesen punktuellen Ansatz die Ideen dieser Wahlkampagne in zahlreiche Richtlinien umgesetzt, was auf eine weitgehende Regulierung unter Aufgabe der Privatautonomie hinausläuft. Der Schutz besteht in einer beträchtlichen Ausweitung von Informationspflichten, in einer Einschränkung des Prinzips *pacta sunt servanda* durch Widerrufsrechte und in einer Vermehrung zwingender Vorschriften zum Schutz von Konsumenten. Dabei ist vor allem die Anknüpfung an die Rolle des Verbrauchers fragwürdig. Erfahrenen Geschäftsleuten wird der gleiche Sozialschutz verordnet wie geschäftsungewandten Personen, und der Generaldirektor erhält Verbraucherschutz gegenüber dem

---

<sup>13</sup> Der Satz geht angeblich auf Bodo Hauser, *Noch Fragen Kienzle?* (1997) zurück, vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/EG-Verordnung\\_zur\\_Einfuhr\\_von\\_Karamelbonbons](http://de.wikipedia.org/wiki/EG-Verordnung_zur_Einfuhr_von_Karamelbonbons)

Kleinhandwerker. Entscheidend ist allein, in welcher Rolle man auftritt. Der „Grundfehler, das politisch Anstößige“<sup>14</sup>, liegt in diesem Verbraucherbegriff und dem Verzicht auf Kriterien materieller Schutzbedürftigkeit.

Das auf dieser Grundlage erlassene Schweizer Konsumkreditgesetz ist schon das zweite seiner Art in 10 Jahren. Mit der unüberlegten Umsetzung von EU-Recht macht der Schweizer Gesetzgeber das Recht des Konsumkredits zu einer Dauerbaustelle.

Wie in anderen Fällen fehlt der EU auch auf dem Gebiet des Konsumentenschutzes die Gesetzgebungskompetenz. Art. 95 u. 96 EGV gestatten nämlich den Erlass von Richtlinien nur, wenn die unterschiedlichen nationalen Rechtsvorschriften zu Hindernissen für den Handel oder zu (nicht nur geringfügigen) Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen.<sup>15</sup> Nach einer Entscheidung des EuGH<sup>16</sup> reicht – ich zitiere – "Die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen nicht aus, um eine Richtlinienkompetenz zu rechtfertigen".

Niemand kann behaupten, dass die Vereinheitlichung von Vorschriften auf dem Gebiet des Konsumkredits oder des Verbrauchsgüterkaufs für den Wettbewerb am Europäischen Binnenmarkt notwendig wäre. Welche Frau liesse sich etwa wegen unterschiedlicher Konsumentenschutzbestimmungen vom Kauf eines Kleides in Paris, Rom, Berlin oder London abhalten?

Ein weiterer Einwand geht dahin, dass sich die Bürokratie regelmässig in Details verliert und in Microregelungen verstrickt. Damit verfehlt sie die Aufgabe der Richtlinie, die auf Grundsatz- und Rahmenregelungen beschränkt werden müsste.

#### **4. Diskriminierungsverbot im Privatrecht?**

Gegen die Privatautonomie gerichtet ist auch die modische Forderung nach Antidiskriminierung im Privatrecht.<sup>17</sup> Das Gebot der Gleichbehandlung oder – negativ formuliert – das Diskriminierungsverbot ist primär an den Staat gerichtet, nicht an die Bürger. So gehörte schon bei

---

<sup>14</sup> *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, AcP 204 (2003) 309, 360 ff. 368.

<sup>15</sup> Art. 96 EGV: Stellt die Kommission fest, dass vorhandene Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Wettbewerbsbedingungen auf dem Gemeinsamen Markt verfälschen und dadurch eine Verzerrung hervorrufen, die zu beseitigen ist, so tritt sie mit den betreffenden Mitgliedstaaten in Beratungen ein. Führen diese Beratungen nicht zur Beseitigung dieser Verzerrung, so erlässt der Rat mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission die erforderlichen Richtlinien.

<sup>16</sup> EuGH JZ 2001, 32 zur Tabakwerbe-Richtlinie, mit Anmerkungen von *Götz*; kritisch vor allem *W.-H. Roth* in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001) 225, 231; *ders.* in: *Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung: Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, JZ 2001, 589; *Ehmann/Rust* JZ 1999, 853 f.; *Sachsen Gessaphe* RIW 2001, 721, 735.

<sup>17</sup> Kritisch *Picker*, Antidiskriminierungsgesetz - Der Anfang vom Ende der Privatautonomie? JZ 2002, S. 880 ff.; *ders.*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? JZ 2003, S. 540 ff.; *Adomeit* JZ 2003, S. 540 – 545.

*Aristoteles*<sup>18</sup> die *iustitia distributiva*, die verteilende Gerechtigkeit, zum öffentlichen Recht. *Aristoteles* verteilte nicht an alle gleich, sondern nach Würdigkeit. Der Staat – so lesen wir in der Nikomachischen Ethik – soll nicht jedem eine Flöte geben, sondern nur den Flötenspielerinnen. Auch heute soll der Staat nach Bedürftigkeit unterstützen und auch Lasten, namentlich Steuern, nach Leistungsfähigkeit verteilen. Auch die formale Gleichheit der Bürger hat nichts daran geändert, dass nicht an alle gleich verteilt wird. Geändert haben sich jedoch die Kriterien der Würdigkeit.

*Aristoteles* nennt die verteilende Gerechtigkeit proportional im Gegensatz zur korrigierenden, wo die Gleichbehandlung verlangt, dass ohne Ansehen der Person entschieden wird. Im Zivilrecht also gilt nur die *iustitia correctiva*.<sup>19</sup> Sie ist nicht proportional, d.h. es wird nicht nach Würdigkeit verteilt, sondern die Parteien werden formal gleich behandelt. Wenn man so will, herrscht Willkür. Das war in der deutschen Rechtsgeschichte überhaupt das Wort für den Vertrag. Bei krassen Abweichungen von der *Mesotes*, der rechten Mitte<sup>20</sup> zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig<sup>21</sup> soll der Richter korrigierend eingreifen. Der Begriff der *iustitia commutativa*, der ausgleichenden Gerechtigkeit, stammt nicht von *Aristoteles*, sondern geht auf eine falsche Übersetzung des *Thomas von Aquin*<sup>22</sup> zurück. Der hat die aristotelische Distinktion verwischt und eine Theorie vom *iustum pretium*<sup>23</sup>, dem gerechten Preis, begründet, die sich weder im Recht noch in der Ökonomie je durchgesetzt hat.

Im Zivilrecht herrscht, wenn man so will, Willkür. Das war in der deutschen Rechtsgeschichte überhaupt das Wort für den Vertrag. Bei krassen Abweichungen von der *Mesotes*, der rechten Mitte<sup>24</sup> zwischen einem Zuviel und einem Zuwenig<sup>25</sup> soll der Richter korrigierend eingreifen. Der Begriff der *iustitia commutativa*, der ausgleichenden Gerechtigkeit, stammt nicht von *Aristoteles*, sondern geht auf eine falsche Übersetzung des *Thomas von Aquin*<sup>26</sup> zurück. Der hat die aristotelische Distinktion verwischt und eine Theorie vom *iustum pretium*<sup>27</sup>, dem gerechten Preis, begründet, die sich weder im Recht noch in der Ökonomie je durchgesetzt hat. Wer einen Vertrag abschliesst muss weder auf einen gerechten Preis noch auf Gleichbehandlung achten.

---

<sup>18</sup> 1130 b ff., 1138 a, b.

<sup>19</sup> S. *Honsell*, *Iustitia distributiva – iustitia commutativa*, FS Mayer-Maly (2002) 287 ff.

<sup>20</sup> Dazu auch *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, AcP 204 (2003) 309, 310.

<sup>21</sup> Nik. Ethik 1106 a-b u. passim; speziell für die Gerechtigkeit 1131.

<sup>22</sup> *Summa theologica* II-II q. 61,1. videtur quod inconvenienter ponantur duae species iustitiae, iustitia distributiva et commutativa.

<sup>23</sup> *Summa theologica* II-II q. 77.

<sup>24</sup> Dazu auch *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, AcP 204 (2003) 309, 310.

<sup>25</sup> Nik. Ethik 1106 a-b u. passim; speziell für die Gerechtigkeit 1131.

<sup>26</sup> *Summa theologica* II-II q. 61,1. videtur quod inconvenienter ponantur duae species iustitiae, iustitia distributiva et commutativa.

<sup>27</sup> *Summa theologica* II-II q. 77.

Ausnahmen gelten im Arbeitsrecht für die Gleichbehandlung von Mann und Frau. Zu weit geht es indes, wenn eine Diskriminierung bei der Stellenbewerbung nach Art. 5 Abs. 4 Gleichstellungsgesetz bzw. § 15 des deutschen AGG mit drei Monatsgehältern entschädigt wird. Die erhält man selbst dann, wenn man auch bei diskriminierungsfreier Auswahl nicht angestellt worden wäre. Die Diskriminierung muss also nicht kausal gewesen sein. Das ist nicht Schadenersatz, sondern Strafe.

Die EU hat weitere Diskriminierungsverbote erlassen: Wegen Rasse oder ethnischer Herkunft,<sup>28</sup> wegen Religion oder Weltanschauung, wegen einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.<sup>29</sup> Antidiskriminierung ist ein Kind der Ethik und der Toleranz. Staatlich verordnet und kontrolliert führt sie zu Übertreibung und Intoleranz, zu einem Verlust an Privatautonomie und zur Notwendigkeit umfassender Regulierungen.

Am weitesten geht das zivilrechtliche Gleichbehandlungsgebot von § 1 und 19 des deutschen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.<sup>30</sup> Danach ist bei allen Geschäften, die „typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“ (sog. Massengeschäften) eine Benachteiligung aus den genannten Gründen verboten. Dies ist bislang die am weitesten gehende Einschränkung der früher selbstverständlichen Partnerwahlfreiheit. Die Krankenversicherer müssen in Zukunft Unisextarife anbieten, obwohl die Krankenkosten für Frauen erheblich höher sind, weil Frauen älter werden als Männer und weil die Krankenversicherung auch für die Kosten von Geburt und Mutterschaft aufkommt.<sup>31</sup> Von diesen vernunftfreien Regelungen abgesehen, hat das öffentlich verordnete Gutmenschen-tum merkwürdige Ausnahmen: Bei Mietverträgen ist Diskriminierung erst verboten, wenn der Vermieter mehr als 50 Wohnungen hat (so § 19 Abs. 5 AGG). Ist man wirklich der Meinung, dass Diskriminierung im Privatrecht unzulässig ist, so kann es schwerlich von der Zahl der Wohnungen abhängen. Deutlicher kann man die Beliebigkeit staatlicher Verbote nicht zum Ausdruck bringen. Die Neuregelung ersetzt die Privatautonomie durch staatlichen Interventionismus. Sie zwingt zu unehrlichen Begründungen und vermehrt die Zahl der Prozesse. In Deutschland befürchtet man missbräuchliche Diskriminierungsklagen, das sog. AGG-Hopping, bei dem sich Personen zum Schein auf Stellenausschreibungen mit diskriminierendem Text bewerben, nur um Schadenersatz zu bekommen. Wer zum Beispiel in einem Inserat „Mitarbeiter für unser junges Team“ sucht, hat schon 2 Diskriminierungen begangen, nämlich eine nach Ge-

---

<sup>28</sup> In privaten Rechtsbeziehungen, vgl. RiLi 2000/43/EG des Rates v 29. 6. 2000, ABIEG Nr L 180 v 19. 7. 2000, 22.

<sup>29</sup> Beschränkt auf das Arbeitsrecht: RiLi 2000/78/EG des Rates v 27. 11. 2000, ABIEG Nr L 303 v 2. 12. 2000, 16; RiLi 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 9. 2002, ABIEG Nr L 269 v 5. 10. 2002, 15.

<sup>30</sup> AGG BGBl 2006/43 v. 18. Aug. 2006.

<sup>31</sup> § 20 Abs. 2 S. 2 AGG.

schlecht und eine nach Alter. Besonders bedenklich ist die Beweislastregel: Diskriminierung wird vermutet und ist vom Anbieter zu widerlegen.<sup>32</sup>

Ein Musterbeispiel pervertierter Diskriminierungslogik enthält ein Urteil des EuGH zur Frage der Hochschulzulassung von Ausländern.<sup>33</sup> Der EuGH versteigt sich darin zu der Behauptung, dass eine Diskriminierung ausländischer Studienbewerber vorliegt, wenn man von ihnen den Nachweis verlangt, dass sie auch in ihrem Heimatland zum Studium zugelassen würden. Diese Praxis galt jahrzehntelang als vernünftige Massnahme gegen eine Überschwemmung der Medizinfakultäten mit ausländischen Numerus clausus-Flüchtlingen und wird auch von den Schweizer Universitäten praktiziert. Man diskriminiert also ausländische Bewerber, wenn man sie nicht besser behandelt als ihr Heimatstaat.

Dass Beispiel zeigt, dass Überlegungen zur Gleichbehandlung bzw. Diskriminierung leicht zu einer Art "Drehkrankheit des Rechtsempfindens" führen – wie es der Grazer Rechtsprofessor *Walter Wilburg* einmal genannt hat.

## 5. Renaissance des Strafgedankens im Privatrecht

a) Ein anderer Angriff auf das Privatrecht ist die um sich greifende Pönalisierungstendenz. Seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts galt die Überwindung des Strafgedankens im Zivilrecht als kultureller Fortschritt. Es war *communis opinio*, dass pönale Erwägungen im Haftpflichtrecht keinen Platz haben, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen.<sup>34</sup> Nach dem Ausgleichsgedanken des Schadenersatzrechts ist nur der Schaden zu ersetzen, sonst nichts.

Soziologisch könnte man Strafe definieren als Erzeugung von Unlustgefühlen zum Zwecke der Verhaltenssteuerung. Im Strafrecht werden als Strafzwecke Spezial- und Generalprävention genannt. Den im profanen Recht nicht legitimen Sühnegedanken lassen wir hier beiseite.

b) Paradigmatisch für verfehlte Strafzwecke im Haftpflichtrecht sind die US-amerikanischen *punitive damages* mit ihren absurden und exzessiven Entschädigungen. Sie sind der Prototyp

---

<sup>32</sup> § 22 AGG: Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

<sup>33</sup> Dazu Honsell JBl 2005, 815.

<sup>34</sup> Wie hier *H. P. Walter*, Recht und Rechtfertigung – Zur Problematik einseitigen Privatrechts, FS Gauch (2004) 301, 303.; s. auch *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe des Privatrechts, AcP 204 (2003) 309 ff.

der hier kritisierten Fehlentwicklung<sup>35</sup>. Der Zigarettenindustrie hat man 206 Mrd. Dollar abgepresst, den Schweizer Großbanken 1,25 Mrd. Inzwischen ist der Höhepunkt dieser "crazy litigations" überschritten. Der Versuch, den Fastfood-Ketten wegen obesity nach dem Vorbild der cigarette cases Milliarden abzupressen, ist gescheitert. Astronomische Urteilssummen werden seltener, wenngleich es immer noch genug Übertreibungen gibt. Zur Zeit prozessiert ein Richter um seine Hose. Ein koreanisches Ehepaar, das eine chemische Reinigung betreibt, hat sie angeblich nicht zurückgegeben. Das soll 54 Mio. Dollar kosten.

Die Notwendigkeit von *punitive damages* wird mit Abschreckung und Vergeltung (*deterrence und retribution*) begründet<sup>36</sup>. Es ist eine naive Sanktionsgläubigkeit und das Bedürfnis nach pädagogischen Maßnahmen gegenüber dem *tortfeasor* („to teach a lesson“, „to send a message“ usw.). Schon der Begriff *punitive damages* leidet ebenso wie der deutsche Begriff des Strafschadens an dem unheilbaren Fehler, dass es sich nicht um Schadenersatz handelt, weil der Geschädigte auf Kosten des Pflichtigen einen sachlich nicht zu rechtfertigenden Gewinn macht<sup>37</sup>, der regelmässig ein Vielfaches des Schadens beträgt.

Der Supreme Court hatte in dem Fall *BMW of Northern America Inc. v. Gore*<sup>38</sup> mit dem „german principle“ der Verhältnismäßigkeit nichts anzufangen gewusst und entschieden, dass das 500-fache des Schadens als Strafe noch verhältnismäßig sei. In *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*<sup>39</sup> hat das Gericht zurückbuchstabiert und erklärt, ein Verhältnis von 145:1 zwischen Schaden und *punitive damages* sei unverhältnismäßig und stelle eine Enteignung des Schädigers dar.

Der Fall lag folgendermaßen: Nach einem vom Campbell verschuldeten Autounfall, bei dem eine Person getötet und eine andere schwer verletzt worden war, erklärte der Haftpflichtversicherer, Campbell treffe kein Verschulden, er werde dessen Interessen wahrnehmen und die Zahlung ablehnen. Nachdem Campbell jedoch im Haftpflichtprozess rechtskräftig verurteilt worden war, erklärte ein Vertreter des Versicherers auf Befragen, Campbell müsse jetzt wohl sein Haus verkaufen. Der Versicherer hatte jedoch ungeachtet dieses Geredes nach Rechts-

---

<sup>35</sup> Einzelheiten bei *Honsell*, Amerikanische Rechtskultur, FS Zäch (1999) 39 ff.

<sup>36</sup> S. US Supreme Court, *BMW of North America Inc. v. Gore*, 517 US 559 (1996); US Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 538 US 408 (2003); Capman et Trebilcock, *Punitive damages*, *Alabama Law Review* 40 (1989) 741 ff., abgedruckt auch in *Craswell/Schwartz, Foundations of Contract* (1994) 127 ff.; *Sunstein, et al. Punitive Damages: How Juries Decide* (Chicago, 2002); *Dasser SJZ* 2000, 101 ff.; kritisch dazu *Honsell FS Zäch* (1999) 39 ff.

<sup>37</sup> Wie hier z.B. *Bydlinski AcP* 204 (2003) 309, 343 ff.

<sup>38</sup> 517 US 559 (1996).

<sup>39</sup> 538 US 408 (2002).

kraft des Urteils bezahlt. Campbell verklagte ihn gleichwohl wegen *emotional distress*. Das Verhalten des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer war mit 1 Mio. Dollar "Schadenersatz" für *emotional distress* und *punitive damages* von 145 Mio. Dollar sanktioniert worden.

Der US Supreme Court anerkannte 1 Mio wegen *emotional distress*, begrenzte aber die *punitive damages* auf den *one digit*-Bereich. Die Strafe sollte also im einstelligen Millionenbereich bleiben. Der Kläger erhielt schliesslich 10 Mio., davon 1 als Schadenersatz und 9 als *punitive damages*. Nur, was der Supreme Court verkennt: Die 1 Million für *emotional distress* ist nicht Kompensation eines Vermögensschadens, sondern ebenfalls Ersatz eines immateriellen Interesses. Einen materiellen Schaden hatten die Campbells überhaupt nicht erlitten.<sup>40</sup> Ein nach juristischer wie rechnerischer Methode abwegiges Verfahren und ein unbegründbares Ergebnis, das zeigt, wie schnell alle Argumente in die Irre gehen, wenn der Boden rationalen Entscheidens einmal verlassen ist. Es ist ein Lehrstück, wie in den USA, dem Land der unbegrenzten Möglichkeiten, auch heute noch aus Nichts Millionen entstehen. Freilich wird heute nicht mehr der Tellerwäscher Millionär. Der amerikanische Traum von heute ist es, *to hit a company in a zig billion buck bad faith trial*, wie es in einem Anwaltsroman von Grisham<sup>41</sup> heisst.

Neuerdings findet man Versuche die *punitive damages* stärker mit einer effektiven Lenkungs-funktion als mit bloßer Abschreckung zu begründen. Wagner<sup>42</sup> hält, US-amerikanischen Vertretern der Economic Analysis of Law folgend, die Gewinnabschöpfung zur Erreichung einer optimalen Abschreckung nicht für ausreichend.

Der richtige Mechanismus zur Korrektur von Durchsetzungsdefiziten sei vielmehr die Multiplikation des Ersatzbetrags mit der umgekehrten Wahrscheinlichkeit der Durchsetzung entsprechender Ansprüche. Dieser Ansatz wird von US-amerikanischen Vertretern der Economic Analysis of Law verfolgt.<sup>43</sup> Würden beispielsweise rechtswidrige Kartellabsprachen nur in jedem zweiten Fall aufgedeckt und Schadenersatzansprüche erfolgreich durchgesetzt, dann sei der Ersatzbetrag mit dem Kehrwert von  $\frac{1}{2}$  zu multiplizieren, also mit dem Faktor 2. Liegt die Durchsetzungswahrscheinlichkeit lediglich bei 25%, ergebe sich ein Multiplikator

---

<sup>40</sup> Der Supreme Court führt zunächst richtig aus, that compensatory damages are intended to redress a plaintiff's concrete loss. Dann heisst es etwas wolkig, that the Campbells suffered only minor economic injuries.

<sup>41</sup> Vgl. den Roman Rainmaker von J. Grisham; s. dazu Honsell FS Zäch (1999) 39 ff.

<sup>42</sup> G. Wagner, Schadenersatz bei Kartelldelikten, *German Working Papers in Law and Economics* Vol. 2007, Paper 18 <<http://www.bepress.com/gwp/default/vol2007/iss1/art18>>.

<sup>43</sup> COOTER, R., Punitive Damages for Deterrence, When and How much, 40 Ala. L. Rev. 1143, 1149 ff.; POLINSKY/SHAVELL, Punitive Damages, An Economic Analysis, 111 Harv. L. Rev. (1998) 869 ff., 887 ff.); COOTER/ULEN, Law and Economics, (4. Aufl. 2004) 374 ff.; SHAVELL S., Foundations of Economic Analysis of Law (2004) 244 f.

von 4 ... usw. Weil man die Zahl der Verstöße nichts kenne, sei vermutungsweise die treble-damages-rule des US-Rechts richtig.<sup>44</sup> Mit dieser Art von Beweisführung kann man alles begründen. Ex falso quodlibet sequitur.

Fragwürdig ist erstens schon die Prämisse, dass wegen der Insuffizienz behördlicher Tätigkeit das Privatrecht zur Durchsetzung öffentlichrechtlicher Ziele in Dienst genommen werden müsse. Dieser fehlerhafte Ansatz wird auch nicht dadurch richtig, dass ihn auch der EuGH verfolgt. So verlangt man, dass Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen.<sup>45</sup> Wenn z.B. die vom EuGH gebilligten Kartellbussen verhältnismäßig sind, kann man alle Begriffe aufgeben. Eine fröhliche Himmelfahrt der Wörter.

In Wahrheit dient der Strafschadensersatz nur gewissen Anwaltsbüros, die sich auf diese Fälle spezialisieren und die (nicht geschädigte) Marktteilnehmer mit ethisch verwerflichen Gewinnen locken. Es ist nicht unsere Europäische Welt, in der man jemanden mit einem ungerechtfertigten Gewinn zu einem Prozess verlockt, um anders nicht zu verwirklichender angeblich höherer Werte willen.

Zweitens kann der bloße Verdacht oder die Möglichkeit nicht als Strafverschärfungsgrund herangezogen werden. Dabei handelt es sich um eine primitive Verdachtsstrafe, die dem Grundsatz in dubio pro reo widerspricht. Dagegen sollte nicht eingewandt werden, dass es sich nicht um Strafe handle. In Wahrheit kann man jedoch den Charakter einer Strafe nicht dadurch abstreifen, dass man ins private Schadensersatzrecht flüchtet, denn sobald der Schädiger mehr zahlen muss als der Geschädigte eingebüsst hat, handelt es sich um Strafe. Auch die eklatante Verletzung der Maxime nulla poena sine lege clara et certa kann der EuGH nicht mit der Behauptung abtun, es handle sich nicht um Strafe, sondern um eine Buße. Dasselbe gilt für das Erfordernis, dass Strafe schuldangemessen sein muss. Diesem Gebot kann man sich nicht durch eine Flucht in vorgebliches Privatrecht entziehen. Die Verhältnismäßigkeit gilt unteilbar und überall. Nur die Kommission und der EuGH vernachlässigen sie und nehmen Zuflucht zu Lippenbekenntnissen und substanzlosen Behauptungen. Denn entscheidend ist nicht der Name, sondern der wahre Charakter der Maßnahme.

Drittens ist die Vorstellung, dass Deliktsverhalten erst vermieden wird, wenn der Schaden deutlich größer ist als die Kosten der Deliktsvermeidung nicht die des dem Recht verpflichteten homo oeconomicus, sondern eher die eines homunculus der ökonomischen Theorie.

---

<sup>44</sup> Wagner aaO. 29 unter Verweis auf POSNER, R. A., *Economic Analysis of Law* (6. Aufl. 2003) 328 ff.

<sup>45</sup> EuGH v. 21.9.1989, Rs. 68/88 (*Kommission ./. Griechenland*), Slg. 1989, 2965, 2985 Nr. 24.

Sofern dem Schädiger die Kosten der dem Opfer zugefügten Nachteile angelastet werden, hat er den gewünschten Anreiz, effiziente Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen, also seinen Sorgfaltsaufwand so lange auszudehnen, bis die Grenzkosten der Sorgfalt den Grenzkosten der zu vermeidenden Schäden entsprechen. Wird ihm weniger angelastet als der Ausgleichsbetrag, läßt er mit seinen Sorgfaltsmaßnahmen nach, wird ihm mehr als der Ausgleichsbetrag angelastet, übersteigert er sie und treibt einen Aufwand, der im Licht der damit zusätzlich vermiedenen Schäden nicht gerechtfertigt ist.

Die richtigen Verhaltensanreize stellen sich nur ein, wenn der Schädiger damit rechnen muß, wegen sämtlicher von ihm verursachter Schäden auf Ersatz in Anspruch genommen zu werden. Sofern hingegen darauf vertraut werden kann, daß bestehende Ansprüche in der Praxis nicht durchgesetzt werden können, fallen die Anreizwirkungen der Haftung aus. In dem Grenzfall, dass die Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Inanspruchnahme gleich Null ist, läuft das Haftungsrecht gänzlich leer. In den häufigen Fällen, in denen die Durchsetzungswahrscheinlichkeit zwar nicht Null, aber doch kleiner als eins ist, werden die Sorgfaltsanreize des Schädigers verzerrt. Hat dieser beispielsweise einen Schaden in Höhe von 10.000 Euro verursacht und beträgt die Wahrscheinlichkeit erfolgreicher Inanspruchnahme 0,7, dann wird der Schädiger solche Sorgfaltsmaßnahmen unterlassen, die ihn mehr kosten als 7.000 Euro. Aus volkswirtschaftlicher Sicht hingegen sollten auch solche Sorgfaltsmaßnahmen getroffen werden, die mehr Kosten als 7.000 Euro, solange der Gesamtaufwand der Sorgfalt nur unter den erwarteten Schadenskosten von 10.000 Euro bleibt.

c) Ein weiteres Beispiel eines präventiven Privatrechtsverständnisses ist die Richtlinie<sup>46</sup> zur Bekämpfung des Zahlungsverzuges im Geschäftsverkehr, wo es in Erwägungsgrund 16 heißt: „Zahlungsverzug stellt einen Vertragsbruch dar, der für die Schuldner in den meisten Mitgliedstaaten durch niedrige Verzugszinsen und/oder langsame Beitreibungsverfahren finanzielle Vorteile bringt. Ein durchgreifender Wandel, der auch eine Entschädigung der Gläubiger für die ihnen entstandenen Kosten vorsieht, ist erforderlich, um diese Entwicklung umzukehren und um sicherzustellen, dass die Folgen des Zahlungsverzugs von der Überschreitung der Zahlungsfristen abschrecken.“ Bekanntlich ordnet § 288 BGB deshalb an, dass der Verzugszins 5% über dem Basiszinssatz liegt und, wenn kein Verbraucher beteiligt ist, sogar 8%. Je nach dem variablen Basiszinssatz sind seitdem Verzugszinsen von 10% und mehr die Regel. Zwar ist die Flexibilisierung des Verzugszinses richtig, doch ist der Zins viel zu hoch. Im

---

<sup>46</sup> 2000/35 EG v 29. 6. 2000.

Übrigen war eine höhere Zinsforderung bei Nachweis eines Schadens schon bisher möglich. Jetzt muss man nicht mehr mit höheren Deckungskosten oder Anlagezinsen argumentieren, sondern erhält den erhöhten Zins quasi als Strafschadensersatz. Der Schuldner zahlt die 8% + x aus präventiven Gründen, also als Strafe. Hier offenbart sich primitives Sanktionsdenken, das zu einer willkürlichen Belastung der einen Partei zugunsten der anderen führt. Da man bei kaum einer Anlageform Zinsen von 10% und mehr erzielt, kann einem nichts Besseres passieren, als ein (solventer) Schuldner im Verzug. Was der Gesetzgeber offenbar völlig übersehen hat, ist die Tatsache, dass längst nicht jeder Schuldner, der nicht zahlt, dies in rechtswidriger Absicht tut. Der häufigste Fall ist der, dass er sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Nicht selten ist es aber auch so, dass die Parteien über die Berechtigung der Forderung streiten und deshalb eine gerichtliche Klärung herbeiführen müssen. Hier wachsen während des Prozesses nicht selten Verzugszinsen in Höhe von 30% und mehr an, was eine echte Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Schuldner darstellt. Seit einem Reichsdeputationsabschied aus dem Jahre 1600 betrug der Verzugszins 5%, wobei - wie gesagt - eine höhere Schadensersatzforderung immer möglich war. Was vierhundert Jahre richtig war, wird mit dem unbedachten Federstrich eines voreiligen und uninformierten Gesetzgebers beiseite gewischt.

e) Das krasseste Beispiel unsinniger Sanktionen findet sich in dem bereits erwähnten Konsumkreditgesetz. Danach verliert die Bank bei Verletzung von Informationspflichten oder unterlassener Kreditprüfung den Anspruch auf Zinsen und Kosten und bei schweren Verstößen sogar das Kapital. Das unentgeltliche, endgültige Behaltendürfen des Kapitals stellt eine gänzlich ungerechtfertigte Bereicherung des Kreditnehmers und eine sachwidrige Enteignung des Kreditgebers dar, die auch mit dem Sanktionsgedanken nicht begründet werden kann. Es handelt sich um eine Strafe ohne Mass, die den rechtsstaatlichen Erfordernissen von StGB 1 nicht genügt.

f) Die Renaissance von Strafe oder Prävention im Privatrecht ist kein Zeichen von Rechtskultur, denn sie hat etwas Willkürliches, ja Irrationales, verletzt die Privatautonomie, insbesondere den Ausgleichsgedanken und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit,<sup>47</sup> der ein elementares Prinzip unserer Rechtsordnung ist.

---

<sup>47</sup> Manche sehen indes gerade darin den Vorteil der Generalprävention als ratio legis zivilrechtlicher Vorschriften (in concreto des § 817 S 2), dass bei ihr – anders als im Strafrecht – das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht berücksichtigt werden müsse, sondern nur ein Übermaßverbot. Das ist abzulehnen: Wenn das Strafrecht Verhältnismässigkeit verlangt, kann man im Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht darauf verzichten; ebenso wenig im Zivilrecht. Wäre es anders, so müsste der Gesetzgeber Sanktionen nur aus dem Strafrecht ausgliedern und schon wäre er nicht mehr an das Prinzip der Verhältnismässigkeit gebunden (vgl. *Honsell*, § 817 Satz 2 BGB - eine „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“?, in: *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* [FS Seiler 1999] 473 ff).

## 6. Perspektiven und Ausblick

a) Die Zukunft des Privatrechts betrifft schließlich auch die Frage, ob es ein Europäisches Zivilgesetzbuch geben wird. Ein solches Projekt zählt nicht nach Jahren, sondern nach Jahrzehnten. Die Europäische Gemeinschaft hat mehrfach Beschlüsse über eine Europäische Zivilrechtskodifikation gefasst. Im Vordergrund der Überlegungen steht ein Europäisches Vertrags- und Haftungsrecht. Zum Vertragsrecht existieren Entwürfe der sog. Lando-Kommission<sup>48</sup> und der Pavia-Gruppe.<sup>49</sup> An einem neuen Haftpflichtrecht arbeitet die Tilburg-Gruppe. Die Gegner eines Europäischen Zivilgesetzbuches orten eine Lücke bei der Rechtssicherheit, die entsteht, bis es zu dem neuen Gesetz genügend Judikatur gibt. Auf das Pro und Contra eines Europäischen Zivilgesetzbuches kann ich hier nicht eingehen. Im Moment favorisiert die Kommission das bescheidenere Programm eines sog. Common Frame of Reference, einer Art „Werkzeugkasten“ mit europaweit gültigen Rechtsbegriffen. Sie geht jedoch ernsthaft davon aus, man könne rund um das überflüssige Flickwerk von Verbraucherschutz, Wettbewerbsrecht usf. ein Europäisches Vertragsrecht bauen. Dessen Kern soll der sog. *acquis communautaire* bilden. Das hieße das Pferd vom Schwanz aufzuzäumen. Im übrigen liegt auf der Hand, dass die Rechtsvereinheitlichung bei einem Zusammenschluss beim Handelsrecht beginnen muss, nicht beim Verbraucherrecht. Auch im 19. Jahrhundert nahm man zuerst das HGB in Angriff und dann das Obligationenrecht.

Allerdings böte ein Europäisches Zivilgesetzbuch im Hinblick auf die gemeinsamen Wurzeln im Europäischen *ius commune* die Chance für die Erhaltung des dogmatischen Niveaus der Europäischen Zivilrechtsordnungen, welche die EG-Richtlinien im Privatrecht völlig vermissen lassen.

b) Die gemeinsamen Wurzeln des Europäischen Privatrechts liegen im römisch-gemeinen Recht. Dies gilt namentlich für Kontinentaleuropa, aber in geringerem Masse auch für das englische *common law* und das schottische Recht. Auch hier finden sich mehr römische Elemente<sup>50</sup>, als man gemeinhin annimmt. Voraussetzung eines *European Civil Code* wäre also ein *back to the roots*, eine Bestandsaufnahme des integrativen Basisanteils von Gemeinsamkeiten des Römischen Privatrechts. Das wäre der eigentliche *common core* eines zukünftigen

---

<sup>48</sup> Vgl. *Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law* Parts I and II (2000).

<sup>49</sup> *Academy of European Private Lawyers*, *European Contract Code-Preliminary draft* (2001).

<sup>50</sup> Vgl. *Zimmermann* JZ 1992, 8, 15 mwN; *Stein* *Rechtshist. Journal* 1993, 274 f.

Europäischen Privatrechts.<sup>51</sup> Auf ein solches Projekt kann man jedoch nicht hoffen, weil die heutigen Rechtsvergleicher zu einer vertikalen Rechtsvergleichung auf der Basis des römisch-gemeinen Rechts nicht in der Lage sind oder kein Interesse daran haben. Auch die Principles der Lando-Kommission sind mehr an dem US-amerikanischen restatement on contracts orientiert als an der eigenen Rechtsgeschichte.

Das Römische Recht als die *viva vox iuris civilis* ist eine wesentliche Konstituante unserer Rechtskultur. Die sollten wir nicht leichtfertig aufs Spiel setzen. Dazu gehört auch die Privatautonomie. Die Freiheit in der modernen Zivilgesellschaft ist ein hohes Gut. Sie ermöglicht, wie *Friedrich v. Hayek* formuliert hat, das Zusammenleben der Menschen in einer pluralistischen Gesellschaft, ohne Zwang zur Einigung auf gemeinsame Ziele.<sup>52</sup> Solche Ziele sollten ihm Rahmen der sozialen Marktwirtschaft nur formuliert werden, wenn dies zur Verwirklichung echter Schutzzwecke notwendig ist. Nur so kann der Gesetzgeber seine Aufgabe im Spannungsverhältnis zwischen Freiheit des Individuums und sozialer Gerechtigkeit verwirklichen.

^

---

<sup>51</sup> Das hat offenbar mit dem sog. Common Core of European Private Law Project nichts zu tun. Die Trento Gruppe betreibt Rechtsvergleichung und orientiert sich nicht am Römischen Recht, s. näher <<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>>.

<sup>52</sup> v. *Hayek*, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit II*, *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit* (1981) 151; zustimmend *Zöllner*, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat* (1996) 49.