

STEFAN BECHTOLD

# Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts

*Jus Privatum*

149

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht  
Band 149





Stefan Bechtold

# Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts

Ein rechtsökonomischer Beitrag  
zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts

Mohr Siebeck

*Stefan Bechtold*: Geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und Stanford; 2001 Promotion; 2005–2008 Mitarbeiter am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern in Bonn; 2009 Habilitation an der Universität Tübingen; Professor für Immaterialgüterrecht an der ETH Zürich.

e-ISBN PDF 978-3-16-151226-1  
ISBN 978-3-16-150155-5  
ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Josef Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Die vorliegende Schrift ist im Schwerpunkt zwischen Herbst 2006 und Sommer 2008 entstanden. Sie wurde im Sommersemester 2009 von der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Habilitationsschrift angenommen. Sie befindet sich im Wesentlichen auf dem Literatur- und Gesetzesstand von Juni 2009. Geplante Gesetzgebungsvorhaben konnten allenfalls noch in den Fußnoten erwähnt werden.

Dank gebührt vielen. Herrn Prof. Dr. Wernhard Möschel darf ich nicht nur für die über viele Jahre gewährten Freiheiten und Anregungen, sondern auch für die sehr angenehme Atmosphäre danken, die unser Verhältnis auch nach meinem Wechsel zum Bonner Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern immer geprägt hat. In gleichem Maße darf ich Herrn Prof. Dr. Christoph Engel für die großzügige Aufnahme ins Bonner Institut, die großen Freiheiten, die zahllosen Gespräche und das Feuerwerk intellektueller Anregungen danken, die ich während meiner dortigen Zeit erfahren durfte. Herrn Prof. Dr. h.c. mult. Martin Hellwig, Ph.D., danke ich für zahlreiche Diskussionen am Institut, in denen ich nicht nur viel über die Volkswirtschaftslehre, sondern auch über die Rechtswissenschaft gelernt habe.

Dank gebührt auch dem Bonner Max-Planck-Institut als Institution. Durch den intensiven Kontakt mit den dortigen Juristen, theoretischen und experimentellen Ökonomen sowie Psychologen konnte ich beobachten, wie wissenschaftliche Fragestellungen zu formulieren sind. Mehr kann eine wissenschaftliche Ausbildung nicht leisten. Dafür sei den beiden Direktoren des Instituts ganz herzlich gedankt.

Dank gebührt schließlich den wissenschaftlichen und nicht-wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Instituts für die überaus angenehme und anregende Arbeitsatmosphäre sowie die optimalen Arbeitsbedingungen, die ich während meiner Bonner Zeit genießen durfte. Insbesondere möchte ich Dr. Felix Bierbrauer, Regina Goldschmitt, Dr. Andreas Glöckner, Prof. Dr. Hendrik Hakenes, Prof. Dr. Felix Höffler, Dr. Jörn Lüdemann, Dr. Stefan Magen, Alexander Morell, Heidi Morgenstern, Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Carl-Christian von Weizsäcker nennen.

Den Herren Prof. Dr. Wernhard Möschel, Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann und Prof. Dr. Christoph Engel danke ich für die Erstellung der Habilita-

tionsgutachten. Herzlich danken möchte ich auch Prof. Dr. Gérard Hertig für die traumhafte Arbeitsumgebung, die ich in Zürich vorfinden durfte.

Der größte Dank gilt nicht nur meinen Eltern, die mich seit jeher in jeglicher Hinsicht unterstützt und das Manuskript sorgfältig durchgesehen haben. Er gilt auch Lisa, die mich durch die Habilitationszeit mit der notwendigen Mischung aus Unterstützung und Humor begleitet hat. Ihr ist die Arbeit gewidmet.

Zürich, im Juni 2009

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abbildungsverzeichnis .....	XV
Teil 1: Einführung .....	1
A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung	2
B. Gang der Untersuchung .....	7
C. Beschränkung der Untersuchung .....	8
Teil 2: Methodische Grundlagen .....	13
A. Einführung .....	13
B. Rechtliche Grundlagen .....	13
C. Rechtsökonomische Grundlagen .....	19
Teil 3: Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand von Beispielen ..	47
A. Einführung .....	47
B. Das Regulierungsziel wird nicht erreicht .....	48
C. Die Regulierung führt zu unbeabsichtigten Nebenfolgen .....	92
D. Konkurrenz mehrerer Regulierungsinstrumente .....	118
E. Detailgrad von Regulierung .....	265
F. Zusammenfassung des Teils 3 .....	307
Teil 4: Schlussfolgerungen .....	311
A. Konsequenzen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft .....	311
B. Konsequenzen für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	331
C. Ausblick .....	346
Literaturverzeichnis .....	349
Materialienverzeichnis .....	411
Register .....	417





# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abbildungsverzeichnis .....	XV
Teil 1: Einführung .....	1
A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung .....	2
B. Gang der Untersuchung .....	7
C. Beschränkung der Untersuchung .....	8
Teil 2: Methodische Grundlagen .....	13
A. Einführung .....	13
B. Rechtliche Grundlagen .....	13
I. Zwingendes und dispositives Vertragsrecht .....	13
II. Deskriptives Verhaltensmodell und normatives Ordnungsmodell .....	16
C. Rechtsökonomische Grundlagen .....	19
I. Einführung .....	19
II. Verhaltensmodell .....	20
1. Rationaltheoretisches Verhaltensmodell .....	20
2. Verhaltenswissenschaftliches Verhaltensmodell .....	22
III. Wohlfahrtstheorie .....	26
1. Einführung .....	26
2. Allokationseffizienz .....	27
3. Marktversagen .....	29
IV. Vertragstheorie .....	33
1. Einführung .....	33
2. Verträge mit asymmetrischer Information .....	33

3. Prinzipal-Agenten-Theorie .....	35
4. Theorie unvollständiger Verträge .....	37
5. Schlussbemerkung .....	41
V. Modellierende, empirische und experimentelle Rechtsökonomie .	41
VI. Gründe für zwingendes Vertragsrecht .....	43
Teil 3: Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand von Beispielen .....	47
A. Einführung .....	47
B. Das Regulierungsziel wird nicht erreicht .....	48
I. Einführung .....	48
II. Grenzen des Informationsmodells .....	48
1. Einführung .....	48
2. Spuren des Informationsmodells im Privatrecht .....	53
3. Fehlerhafte Informationsaufnahme: Informationsüberlastung .	56
a) Problem .....	57
b) Lösungsmöglichkeiten .....	61
aa) Allgemeines .....	61
bb) Angabe der effektiven Gesamtbelastung im Verbraucher- darlehensrecht .....	64
4. Fehlerhafte Informationsverarbeitung: Kognitive Beschränkung .....	68
a) Problem .....	68
aa) Einführung .....	68
bb) Überoptimismus und Kontrollillusion .....	71
cc) Zeitlich inkonsistente Präferenzen .....	73
b) Lösungsmöglichkeiten .....	80
aa) Ansätze innerhalb des Informationsmodells .....	81
bb) Ansätze außerhalb des Informationsmodells .....	86
5. Erweiterungen .....	88
III. Zusammenfassung .....	91
C. Die Regulierung führt zu unbeabsichtigten Nebenfolgen .....	92
I. Einführung .....	92
II. Verdrängung sozialer Präferenzen durch Verbraucher- schutzrecht .....	93
1. Einführung .....	93
2. Theoretischer Modellrahmen .....	100

a) Einführung .....	100
b) Soziale Präferenzen .....	101
c) Endogene Präferenzen .....	107
d) Zusammenfassung .....	109
3. Empirischer und experimenteller Befund .....	110
a) Befund .....	110
b) Bewertung .....	114
III. Zusammenfassung .....	117
D. Konkurrenz mehrerer Regulierungsinstrumente .....	118
I. Einführung .....	118
II. Optionales Vertragsrecht .....	121
1. Einführung .....	121
2. Eigenmächtige Abwehrmaßnahmen im Übernahmerecht .....	128
a) Rechtlicher Rahmen für Abwehrmaßnahmen .....	128
aa) Einführung .....	128
bb) Überblick über mögliche Abwehrmaßnahmen .....	129
cc) Rechtslage in der Europäischen Union .....	136
dd) Rechtslage in Deutschland .....	141
ee) Rechtslage in den USA .....	146
ff) Zusammenfassung .....	152
b) Eigenmächtige Abwehrmaßnahmen aus rechts- ökonomischer Sicht .....	155
aa) Einführung .....	155
bb) Grundlagen der ökonomischen Analyse im Gesellschaftsrecht .....	155
(1) Gesellschaftsrecht als Vertragsrecht .....	155
(2) Gesellschaften als Prinzipal-Agenten-Beziehungen .....	160
(3) Maximierungsprobleme in Gesellschaften .....	164
(a) Einführung .....	164
(b) Rechtsökonomische Analyse .....	165
(c) Aktien- und kapitalmarktrechtliche Einbettung .....	172
(4) Zusammenfassung .....	177
cc) Auswirkungen eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen .....	179
(1) Einführung .....	179
(2) Erster Schritt: Auswirkungen von Unternehmens- übernahmen .....	180
(a) Positive Auswirkungen .....	180
(b) Negative Auswirkungen .....	183
(3) Zweiter Schritt: Auswirkungen von Abwehrmaßnahmen .....	184
(a) Negative Auswirkungen .....	184
(b) Positive Auswirkungen .....	187
(4) Dritter Schritt: Auswirkungen eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen .....	188

(a) Negative Auswirkungen .....	189
(b) Positive Auswirkungen .....	190
dd) Zusammenfassung .....	196
c) Optionale Rechtsregeln für eigenmächtige Abwehrmaßnahmen ..	200
aa) Einführung .....	200
bb) Funktionen zwingender Regelungen im Gesellschaftsrecht ..	202
cc) Funktionen dispositiver Regelungen im Gesellschaftsrecht ..	203
(1) Einführung .....	203
(2) Senkung von Transaktionskosten .....	205
(3) Bereitstellung eines öffentlichen Guts .....	205
(4) Trivialität dispositiven Vertragsrechts .....	206
(5) Netzwerkeffekte durch dispositives Vertragsrecht .....	207
(6) Entlastungsfunktion bei langfristigen Verträgen .....	213
(7) Informationsfunktion .....	215
(a) Informationsinduzierende Wirkung von „penalty defaults“ .....	215
(b) Signalisierung durch optionales Vertragsrecht .....	218
(c) Unmittelbare Information durch dispositives Vertragsrecht .....	223
(8) Verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse dispositiven Vertragsrechts .....	223
(a) Einführung .....	223
(b) Auswirkungen von Standard-Regelungen .....	225
(c) Erklärung durch den „endowment“-Effekt .....	226
(d) „Endowment“-Effekt bei dispositivem Vertragsrecht	234
(e) „Endowment“-Effekt bei dispositivem Gesellschaftsrecht .....	237
(9) Ausblick: Rückwirkungen auf das Investitionsverhalten	240
(10) Empirische Validierung .....	245
dd) Ausgestaltung optionaler Regelungen im Übernahmerecht ..	248
(1) Standard-Regelung im Interesse der Mehrheit .....	249
(2) Standard-Regelung im Interesse einer Minderheit .....	251
(3) Bestimmung des Interesses von Mehrheit und Minderheit .....	252
(4) Inhaltliche Ausgestaltung der Standard-Regelung .....	256
(5) Gesamtschau .....	258
III. Allgemeine Lehren .....	263
E. Detailgrad von Regulierung .....	265
I. Einführung .....	265
II. Heterogenität von Regelungsadressaten .....	267
1. Heterogenität aus Sicht der Rechtsökonomie .....	267
a) Einführung .....	267
b) Individuelle Effekte .....	270
c) Aggregierte Effekte .....	272
d) Zusammenfassung .....	277

2. Heterogenität aus Sicht einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	278
a) Einführung .....	278
b) Differenzierung durch den Gesetzgeber .....	278
aa) Kategorisierung .....	279
bb) Flexibilisierung .....	287
cc) Zusammenfassung .....	290
c) Differenzierung durch Rechtsprechung und Lehre .....	293
aa) Einführung .....	293
bb) Rechtsfolgen unwirksamer Vertragsbestimmungen .....	294
cc) Anwendungsbeispiele .....	298
(1) Geltungserhaltende Reduktion unwirksamer allgemeiner Geschäftsbedingungen .....	298
(2) Geltungserhaltende Reduktion bei Nichtigkeit gemäß §§ 134, 138 BGB .....	301
(3) Ausschluss des Reurechts bei angefochtenen Willenserklärungen .....	303
(4) Gesetzliche Anordnung eines Regulierungsmodells .....	305
III. Zusammenfassung .....	306
F. Zusammenfassung des Teils 3 .....	307
 Teil 4: Schlussfolgerungen .....	 311
A. Konsequenzen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft .....	311
I. Grenzen der herkömmlichen Rechtsökonomie .....	312
1. Modellierung und Wirklichkeit .....	312
2. Positive und normative Theorie .....	316
3. Wirkung und Rezeption von Rechtsregeln .....	319
4. Entscheidungsprozesse in Gruppen .....	320
II. Grenzen der experimentellen Rechtsökonomie .....	321
III. Grenzen der verhaltenswissenschaftlichen Rechtsökonomie .....	322
1. Empirie ohne Theorie .....	322
2. Dekonstruktion von Präferenzen .....	327
IV. Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Forschung .....	328
B. Konsequenzen für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts .....	331
I. Regulierungsinstrumente .....	331
II. Rechtsetzungslehre als Steuerungswissenschaft .....	332

1. Einführung .....	332
2. Verhältnismäßigkeit .....	334
3. Typisierung .....	340
III. Rechtsetzungslehre und Komplexität .....	343
C. Ausblick .....	346
Literaturverzeichnis .....	349
Materialienverzeichnis .....	411
Register .....	417

## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Zeitlicher Verlauf eines Darlehens .....	74
Abbildung 2: Exponentielle und hyperbolische Diskontfunktion .....	78
Abbildung 3: Nutzenfunktion nach der „prospect theory“ .....	231
Abbildung 4: Graphische Veranschaulichung des „endowment“-Effekts .	232





## Teil 1

# Einführung

*Stat pro ratione voluntas*. In diesem programmatischen Satz<sup>1</sup> spiegelt sich die überragende Bedeutung der Privatautonomie in einer Privatrechtsgesellschaft wider. Soweit eine Vertragsbeziehung vom Grundsatz der Privatautonomie gedeckt ist,<sup>2</sup> wird ihr unabhängig vom Inhalt allein aus dem Grund rechtliche Geltungskraft zuerkannt, dass der Einzelne die Vertragsbeziehung wollte.<sup>3</sup> Aus dem Grundsatz der Selbstbestimmung als einem dem Recht vorgegebenen Wert<sup>4</sup> wird das „Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach eigenem Willen“<sup>5</sup> entwickelt, welches das Privatrecht geradezu konstituiert.<sup>6</sup>

Trotz der grundlegenden Bedeutung der Privatautonomie haben Gesetzgebung und Rechtsprechung im Verlauf des 20. Jahrhunderts die Privatautonomie von Vertragsparteien zunehmend eingeengt. Zwingendes Vertragsrecht gewinnt an Bedeutung. Dies lässt sich unter anderem im Miet- und Arbeitsrecht,

---

<sup>1</sup> Verwendet unter anderem von *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 141; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6. Für eine Diskussion s. *Habersack*, S. 45 ff.

<sup>2</sup> Zum Korrelat zwischen Privatautonomie und Rechtsordnung s. *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1 ff.; *Lorenz*, S. 15 ff.; *Singer* in: Staudinger, vor §§ 116 ff., Rdnr. 9 ff. Zum Verhältnis der Begriffe „Privatautonomie“ und „Vertragsfreiheit“ s. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 12.

<sup>3</sup> *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 141; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 6; *Singer* in: Staudinger, vor §§ 116 ff. Rdnr. 10 f.; *Canaris* in: Badura/Scholz (Hrsg.), S. 873, 881; *Kramer* in: Münchener Kommentar BGB, vor § 145 Rdnr. 2 f. Zur darauf aufbauenden Lehre von der dem Vertrag inhärenten Richtigkeitsgewähr s. *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1947), 130; *Habersack*, S. 42 ff., 47 ff.; *Bydlinski*, S. 62 ff. Zum ergänzenden Aspekt der Verkehrssicherheit s. *Bydlinski*, S. 66 ff., 131 ff. Zur Lage im U.S.-amerikanischen Vertragsrecht s. Restatement (Second) of Contracts § 79 comment c, § 208 comment d (2008).

<sup>4</sup> *Mestmäcker* in: Mestmäcker (Hrsg.), S. 397; *Lorenz*, S. 15; *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 136; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1, 4 f.; *Wolf*, S. 19 f.; *Bydlinski*, S. 126 ff.

<sup>5</sup> *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 136; s.a. *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 1.

<sup>6</sup> *Larenz/Wolf*, § 1 Rdnr. 2; *Habersack*, S. 41 f.; *Lorenz*, S. 1; *Brunns*, JZ 2007, 385 f.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277. Zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung s. nur *Brunns*, JZ 2007, 385, 387 f. m.w.N.; *Knobel*, S. 105 ff.; s.a. *Westermann*, AcP 208 (2008), 141, 147 ff. Aus rechtsökonomischer Sicht *Hermalin/Katz/Craswell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 3, 7: „The essence of a free-market economy is the ability of private parties to enter into voluntary agreements that govern the economic exchange between them“; grundlegend *Coase*, J. L. & Econ. 3 (1960), 1.

im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, im Verbraucherschutzrecht sowie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht zeigen, und zwar nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europäischer Ebene.<sup>7</sup> Dies wurde schon oft dargelegt.<sup>8</sup>

Diese Entwicklung wird regelmäßig kritisch betrachtet. Manche zwingende Vorschrift des Vertragsrechts wird als aufgedrängte Schutzvorschrift und übermäßige Einschränkung der Privatautonomie interpretiert, für deren Existenz keine wirkliche Notwendigkeit und Berechtigung besteht. Das Wort von der „Lähmung des Privatrechts“ macht die Runde.<sup>9</sup> Es wird gefragt, wie viel von der einstigen Privatautonomie noch übrig bleibt.<sup>10</sup>

### A. Erkenntnisinteresse und methodische Orientierung der Untersuchung

Beobachtet man diese Entwicklung, stellt sich die Frage, ob Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der zunehmenden Schaffung zwingenden Vertragsrechts irgendwann an tatsächliche Grenzen stoßen. Existieren Grenzen, jenseits derer die Ziele, die Gesetzgebung und Rechtsprechung mit der Schaffung zwingenden Vertragsrechts verfolgen, nicht erreicht werden können? Welches sind Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen zwingendes Vertragsrecht ein geeignetes Regulierungsinstrument zur Bewältigung vertraglicher Konflikte ist? Wie mächtig ist zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument?

<sup>7</sup> Zu der Verlagerung von der nationalen auf die europäische Rechtsordnung s. *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134; Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.).

<sup>8</sup> *Medicus* in: Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), S. 9, 10 ff.; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1; *Zweigert/Kötz*, S. 315; *Kötz* in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), S. 1037; *Wolf*, S. 1 ff.; *Grundmann*, JZ 2000, 1133, 1134; *Lorenz*, S. 22 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273; *Höfling*, S. 41: „Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die Geschichte ihrer Einschränkung“; *Leisner*, S. 323 f.; *Bruns*, JZ 2007, 385; *Isensee* in: Hübner/Ebke (Hrsg.), S. 485, 504 f.; exemplarisch zu den Auswirkungen der europäischen Finanzmarktrichtlinie *Assmann*, ÖBA 2007, 40, 54 f.; zurückhaltend *Flume* in: Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), S. 135, 145 f.; *Flume*, Rechtsgeschäft, S. 15 ff.; *Flume*, Juristische Person, S. 16.

<sup>9</sup> *Bruns*, JZ 2007, 385, 394.

<sup>10</sup> In diese Richtung *Leipold*, § 6 Rdnr. 14: „Insgesamt ist ... im Zuge der Entwicklung des Bürgerlichen Rechts die Freiheit zur inhaltlichen Gestaltung der Schuldverhältnisse mehr und mehr eingeschränkt worden – der Grundsatz von der Dispositivität des Schuldrechts verkehrt sich praktisch allmählich in sein Gegenteil“; s. weiterhin *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 292; *Isensee* in: Hübner/Ebke (Hrsg.), S. 485, 505: „Das ‚soziale Öl‘, dem Bürgerlichen Gesetzbuch anfangs als Tropfen beigegeben, ist seither kanisterweise hinzu gegossen worden“; *Bungeroth* in: Horn/Lwowski/Nobbe (Hrsg.), S. 279, 280 f.: „Der ‚Tropfen sozialistischen Öles‘, den *Otto von Gierke* im ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs vermisst hatte, ist inzwischen so überreichlich nachgeliefert worden, dass man von einer Ölverschmutzung des Privatrechts sprechen kann“, jeweils unter Bezugnahme auf *von Gierke*, S. 13: „... unser Privatrecht muss ein Tropfen sozialistischen Öles durchsickern.“

Die vorliegende Untersuchung will Grenzen aufzeigen, jenseits derer zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument versagt. Dies wird an ausgewählten Beispielen aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Verbraucherschutzrecht sowie dem Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankrecht untersucht.

Die Untersuchung solcher Fragestellungen lag nicht immer im Zentrum des Interesses der deutschen Privatrechtswissenschaft. Herkömmlicherweise hat sich diese regelungstechnischer Analysen enthalten.<sup>11</sup> Trotz vielfältiger Vorläufer<sup>12</sup> ist in den letzten Jahren ein neues Interesse an einer funktionalen Rechtssetzungslehre<sup>13</sup> des Privatrechts entstanden.<sup>14</sup> Dahinter verbirgt sich ein Wandel im Verständnis von Rechtswissenschaft. Eine als Rechtssetzungslehre verstandene Rechtswissenschaft will nicht Gesetzgebung und richterlicher Spruchpraxis beschreiben und prognostizieren. Sie will neue gesetzliche Regelungsmuster und Problemlösungen durchdenken.<sup>15</sup> Rechtswissenschaft wandelt sich von einer Rechtsanwendungswissenschaft zur Rechtssetzungslehre.<sup>16</sup>

Recht wird als Instrument zur Ordnung und Steuerung gesellschaftlicher Prozesse begriffen.<sup>17</sup> Verhaltenssteuerung wird zu einer wichtigen Funktion des

<sup>11</sup> Dazu *Bachmann*, JZ 2008, 11, 19 f.; *Engel*, JZ 1995, 213, 214. In diesem Zusammenhang auch *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 424, wonach „über die Grundprinzipien des allgemeinen Privatrechts in Deutschland kaum diskutiert wird“; s. weiterhin *van Aaken*, S. 25, 146 ff. Anders die Forschungslage in den USA; exemplarisch *Schwartz/Scott*, 113 Yale L.J. 541 (2004) m.w.N.

<sup>12</sup> Zur Untersuchung gesetzlicher Fiktionen unter einem regelungstechnischen Blickwinkel schon *Esser*, S. 36: „Die solcherart gewonnenen Typen [gesetzlicher Fiktionen] erlauben vielleicht einen wertvollen Einblick in die Werkstatt gesetzgeberischer Technik und mögen darüber hinaus Kenntnis von Beweggründen ... geben, die in ihren Zusammenhängen und ihrer symptomatischen Bedeutung den Gesetzesredaktoren selbst verborgen geblieben sind.“ Hinzuweisen ist auch auf die Untersuchung von *Medicus* in: Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), S. 9, 23 f., in der mehrere Dimensionen (Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit, Verteilungswirkungen und unbeabsichtigte Nebenwirkungen) entwickelt werden, die bei der Schaffung zwingenden Vertragsrechts beachtet werden müssen. Zur historischen Dimension der Rechtssetzungslehre s. *Emmenegger*; *Mertens*. Einen Literaturüberblick über neuere Werke der Rechtssetzungslehre gibt *Emmenegger*, S. 2 f.; s. weiterhin *Schreckenberger/Merten* (Hrsg.); *Schuppert*, ZG, Sonderheft 2003, S. 1; *Schulze-Fielitz*, JZ 2004, 862; *Müller*, Rechtssetzungslehre; *van Aaken*, S. 150 ff. Einen Überblick zum gegenwärtigen Stand einer Gesetzgebungslehre im herkömmlichen Sinne gibt *Schulze-Fielitz*, ZG 2006, 208.

<sup>13</sup> Der Begriff der Rechtssetzungslehre wird im Folgenden dem Begriff der Gesetzgebungslehre vorgezogen, weil es zwar im Schwerpunkt, aber nicht ausschließlich um Gesetze im formellen Sinne geht; dazu *Müller*, Rechtssetzungslehre, S. 1 Fn. 3.

<sup>14</sup> Exemplarisch *Bachmann*, JZ 2008, 11; *Bachmann*, S. 359 ff.; *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673; *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490 f.; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 2 ff., 489 f.; *Beier*; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352; *Engel*, JZ 1995, 213; *Fleischer* in: Kley u.a. (Hrsg.), S. 597 f.; *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1; *Unberath/Czipuka*, AcP 209 (2009), 37; s. a. *Assmann* in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), S. 17, 22.

<sup>15</sup> *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502.

<sup>16</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53 ff., 60; *Eidenmüller*, JZ 2005, 670, 671; *van Aaken*, S. 18.

<sup>17</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

Privatrechts.<sup>18</sup> Aufgabe einer so verstandenen Rechtswissenschaft ist es, Wissen über Wirkungszusammenhänge des Rechts in der Wirklichkeit zu generieren sowie die tatsächlichen Folgen gesetzter Rechtsnormen zu erklären und zu prognostizieren.<sup>19</sup> Fragen der Gesetzesfolgenabschätzung gewinnen an Bedeutung.<sup>20</sup> Eine solche Rechtswissenschaft richtet sich primär an den Gesetzgeber, sekundär auch an die Rechtsprechung. Sie will untersuchen, ob der Gesetzgeber ein bestimmtes Regulierungsziel mit dem geplanten Regulierungsinstrument entweder gar nicht oder nur unter Inkaufnahme unerwünschter Nebenfolgen erreichen kann.<sup>21</sup> Die Entwicklung einer so verstandenen Rechtswissenschaft lässt sich in unterschiedlichen Bereichen des Privatrechts beobachten. Am weitesten fortgeschritten ist die Debatte im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht.<sup>22</sup> Auch im Immaterialgüterrecht finden sich entsprechende Ansätze.<sup>23</sup> Letztlich ist dies eine Entwicklung, die das gesamte Privatrecht erfasst.<sup>24</sup>

Zwar ist die Forderung nach verstärkter Rechtstatsachenforschung und einer funktionalen Ausrichtung der Rechtswissenschaft wahrlich nicht neu.<sup>25</sup> Dennoch erscheint es heute lohnend, Möglichkeiten und Grenzen einer funktionalen Rechtsetzungslehre des Privatrechts auszuloten. Denn die Hinwendung zur Rechtsetzungswissenschaft hat methodische Konsequenzen. Eine Rechtswirkungsanalyse ist heute nur durch eine interdisziplinäre Öffnung gegenüber sozialwissenschaftlichen Methoden denkbar. Öffnet man sich den Nachbarwissenschaften, muss man ihren derzeitigen Kenntnisstand betrachten. Die Nachbarwissenschaften haben in den letzten Jahrzehnten eine stürmische methodische Entwicklung erlebt. Ökonomen erfassen Probleme nicht nur in – mathematisch zunehmend komplexer werdenden – Modellen. Sie untersuchen tatsächliche Lebenssachverhalte mit Hilfe statistischer Methoden

<sup>18</sup> Umfassend *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, insb. S. 422 ff. *Wagner* legt den Schwerpunkt seiner Analyse auf das Haftungs- und Schadensersatzrecht. Beide Rechtsgebiete werden im weiteren Verlauf der vorliegenden Untersuchung nicht näher betrachtet.

<sup>19</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54.

<sup>20</sup> Dazu allgemein und mit besonderem Fokus auf das Aktien- und Kapitalmarktrecht *Fleischer* in: *Kley u.a.* (Hrsg.), S. 597.

<sup>21</sup> *Eidenmüller*, JZ 1999, 53, 54, 60.

<sup>22</sup> Plädoyers für eine Unternehmensrechtswissenschaft als Wissenschaft zur Analyse von Regulierungsstrategien halten beispielsweise *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 502; *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490 f.; *Fleischer* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 50; *Kraakman u.a.*, S. 224; zurückhaltender die Interpretation von *Holger Fleischer* durch *Reimann* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 87 ff.

<sup>23</sup> Dazu im Überblick *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484.

<sup>24</sup> Zum Vertragsrecht als einem Gegenstand der Governance-Forschung s. *Riesenhuber/Möslein* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 1. Zu parallelen Entwicklungen im Öffentlichen Recht und den daraus folgenden Konsequenzen s. unten Teil 4, B.II, S. 332.

<sup>25</sup> Die Diskussion um 1900 zeichnet *Emmenegger*, S. 161 ff., nach; s. weiterhin *Fleischer* in: *Engel/Schön* (Hrsg.), S. 50, 70, mit historischen Nachweisen seit 1914; *Fleischer* in: *Kley u.a.* (Hrsg.), S. 597 f.; *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, S. 20.

und überprüfen Hypothesen in Laborexperimenten. Die Psychologie hat sich seit der Mitte des letzten Jahrhunderts zu einer Wissenschaft des Verhaltens und mentaler Prozesse gewandelt, bei der experimentelle und quantitative Analysen die wesentlichen Methoden des Erkenntnisgewinns darstellen.<sup>26</sup>

Dies wirft die Frage auf, welche Hilfestellungen die Nachbarwissenschaften in ihrer heutigen methodischen Vielfalt der rechtswissenschaftlichen Forschung bieten können. Eine Hinwendung der Rechtswissenschaft zur herkömmlichen Rechtsökonomie („law and economics“) kann nur der Anfang sein. Neben den traditionellen Ansatz der Rechtsökonomie, rechtliche Fragestellungen in ökonomischen Modellen zu fassen, die auf dem ökonomischen rationaltheoretischen Verhaltensmodell beruhen,<sup>27</sup> sind vielfältige methodische Alternativen getreten.

Die wichtigste inhaltliche Neuausrichtung der letzten zwei Jahrzehnte im Bereich der Rechtsökonomie entstammt weder der Rechtswissenschaft noch der Ökonomie. Sie kommt aus der Psychologie, die über den Weg von „behavioral economics“ (im Folgenden: verhaltenswissenschaftliche Ökonomie) Eingang in die Rechtsökonomie gefunden hat.<sup>28</sup> „Behavioral law and economics“ (im Folgenden: verhaltenswissenschaftlich-ökonomische Analyse des Rechts) versucht, Erkenntnisse der Kognitions- und Sozialpsychologie mit Erkenntnissen der herkömmlichen Rechtsökonomie zu vereinen.<sup>29</sup>

Daneben wenden empirische Untersuchungen statistische Methoden auf große Sammlungen von Rechtstatsachen – Gerichtsurteile, Registerauszüge, Verträge und Ähnliches – an, um Aussagen über die tatsächlichen Auswirkungen einer Rechtsnorm machen zu können („empirical legal studies“, im Folgenden: empirische Rechtsökonomie).<sup>30</sup> Auch wird versucht, die tatsächlichen Auswirkungen einer Rechtsnorm auf das Verhalten von Marktteilnehmern im Laborexperiment unter kontrollierten Bedingungen zu identifizieren und daraus Aussagen über die Wirkungen der Rechtsnorm in der Lebenswirklichkeit zu generieren („experimental law and economics“, im Folgenden: experimentelle Rechtsökonomie).<sup>31</sup>

Die Rezeption einer solchen methodischen Vielfalt in den Nachbarwissenschaften kann zu einem geschlossenen methodischen Verständnis von Rechtswissenschaft führen. Rechtswissenschaft ist dann eine transnationale Realwissenschaft, die auf einem rationaltheoretisch und/oder psychologisch fundierten Verhaltensmodell aufbaut,<sup>32</sup> die Folgen von Rechtsregeln ermittelt und hin-

---

<sup>26</sup> Zur Geschichte der psychologischen Methode s. *Schönpflug; Myers*, S. 3 ff.

<sup>27</sup> Zum rationaltheoretischen Verhaltensmodell s. unten Teil 2, C.II.1, S. 20.

<sup>28</sup> Ebenso die Einschätzung von *Epstein*, 92 Minn. L. Rev. 803 (2008).

<sup>29</sup> Dazu unten Teil 2, C.II.2, S. 22.

<sup>30</sup> Zu einem solchen Beispiel s. unten Teil 3, D.II.2.c)cc)(10), S. 245.

<sup>31</sup> Zu solchen Beispielen s. unten Teil 3, C.II.3.a), S. 110, und Teil 3, D.II.2.c)cc)(8), S. 223.

<sup>32</sup> Dazu näher unten Teil 2, B.II, S. 16, und Teil 2, C.I, S. 19.

sichtlich einer bestimmten Zielvorgabe bewertet, empirisch fundiert ist,<sup>33</sup> die Wechselwirkungen zwischen dem Recht und anderen Regelungssystemen (wie sozialen Normen) beachtet und sich dadurch der Grenzen rechtlicher Regelungskraft bewusst ist.<sup>34</sup> In einer solchen Rechtswissenschaft ist die Rechtsvergleichung ein integraler, wenn auch nicht bestimmender Bestandteil der Analyse. Insgesamt ist dies ein Verständnis von Rechtswissenschaft, das auch in anderen Bereichen der wirtschaftsrechtlichen Forschung verankert ist.<sup>35</sup>

Die vorliegende Untersuchung will sich nicht in programmatischen Überlegungen erschöpfen. Sie will auch nicht die angewandten Methoden als umfassendes Instrumentarium zur Bewältigung rechtswissenschaftlicher Problemkonstellationen anpreisen. Es ist nicht das Anliegen der Untersuchung, die einzig richtige Methode und das einzig richtige Ziel privatrechtlicher Forschung zu identifizieren. Methoden und Ziele rechtswissenschaftlicher Forschung sind notwendigerweise vielgestaltig.<sup>36</sup> Die Untersuchung ist sich der Grenzen der angewandten Methoden bewusst und wird darauf in vielerlei Zusammenhängen eingehen.

Die Untersuchung folgt aber der Grundauffassung, dass der beste Weg, eine Methode auf ihre Belastbarkeit zu prüfen, nicht in einer abstrakten Methodendiskussion liegt. Vielmehr will die Untersuchung durch die Anwendung der vorgestellten Methode auf konkrete Problemstellungen exemplarisch die Möglichkeiten und Grenzen der Methode analysieren.<sup>37</sup> Dies mag am Ende dazu führen, dass der Leser von der Methode überzeugt ist oder sie ablehnt. Die vorliegende Untersuchung will sich solcher binärer Methodenstreitigkeiten enthalten. Am Ende wird sie ein differenziertes Bild zeichnen. Damit will die Untersuchung einen exemplarischen Beitrag zu der umstritte-

---

<sup>33</sup> Allgemein dazu *Eidenmüller*, JZ 1999, 53. In Bezug auf empirische Forschung im Gesellschaftsrecht *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 491 f.; *Fleischer*, ZGR 2007, 500, 504 f.; *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 72; *Leyens*, JZ 2007, 1061, 1072; in Bezug auf das Schuldrecht *Eidenmüller*, JZ 2005, 216.

<sup>34</sup> Dadurch geht eine eng verstandene Gesetzgebungslehre in eine allgemeinere Regulierungslehre auf, s. *Emmenegger*, S. 302 f.

<sup>35</sup> Dazu im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht exemplarisch *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 65, mit Verweis auf *Kraakman u. a.*, als Beispiel eines solchen Forschungsansatzes; ebenso *Eidenmüller*, JZ 2007, 487, 490; *Fleischer*, ZGR 2007, 500. Dazu im Immaterialgüterrecht *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484.

<sup>36</sup> Dazu auch unten Teil 4, A.IV, S. 328; für einen Blick über den Atlantik s. *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 51.

<sup>37</sup> Ebenso *Fleischer* in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), S. 575, 579: „Wie häufig bei der Beurteilung neuer Forschungsprogramme ist es ... wenig hilfreich, die Diskussion zugleich mit abstrakten Erörterungen über den Stellenwert verhaltenswissenschaftlicher Denkmuster zu überfrachten. Fruchtbarer erscheint es, den vorgestellten Denkansatz zunächst einmal – gleichsam ‚probehalber‘ – als plausibel anzusehen und sich einen Eindruck davon zu verschaffen, was sich mit seiner Hilfe bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme ausrichten lässt“; *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051, 1057 f. (2000).

nen Frage leisten, welche Ausrichtung rechtswissenschaftliche Forschung heute haben kann und sollte.<sup>38</sup>

Zusammenfassend verfolgt die vorliegende Untersuchung zwei Anliegen. Inhaltlich will die Untersuchung einen Beitrag zu einer Rechtssetzungslehre des Privatrechts leisten und Grenzen abmessen, jenseits derer zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument versagt. Damit liefert die Untersuchung Bausteine zu einer funktionalen Rechtssetzungslehre, welche die Vor- und Nachteile unterschiedlicher Regulierungsinstrumente im Privatrecht untersucht. Methodisch will die Untersuchung an konkreten Beispielen ausloten, in welchem Umfang eine Rechtswissenschaft methodisch belastbar und tragfähig ist, die sich der Ökonomie und der Psychologie in ihrer ganzen Breite und Tiefe öffnet und theoretische Modelle sowie empirische und experimentelle Untersuchungen einbezieht. Damit handelt die vorliegende Untersuchung nicht nur von den Grenzen zwingenden Vertragsrechts, sondern auch von den Grenzen sozialwissenschaftlicher Methoden.

## B. Gang der Untersuchung

Nach der Einführung im ersten Teil widmet sich die Untersuchung im zweiten Teil den methodischen Grundlagen einer Theorie des Vertragsrechts auf der Grundlage einer interdisziplinär orientierten Rechtswissenschaft. Dabei wird neben der rechtlichen und ökonomischen Legitimation für zwingendes Vertragsrecht auf die Notwendigkeit und inhaltliche Ausgestaltung eines Verhaltensmodells eingegangen, das einer funktionalen Rechtssetzungslehre des Privatrechts zugrunde liegt. Darauf aufbauend werden grundlegende Konzepte der ökonomischen Wohlfahrts- und der Vertragstheorie sowie der heutige Methodenkanon der Rechtsökonomie dargestellt.

Im dritten Teil wird anhand von Beispielen untersucht, unter welchen Voraussetzungen zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen kann. Es zeigt sich, dass zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument erstens versagt, wenn das vom Gesetzgeber verfolgte Regulierungsziel tatsächlich nicht eintritt, weil das Regulierungsinstrument zur Erreichung des Ziels ungeeignet ist. Als Beispiel wird das Problem der Informationsüberlastung im Verbraucherschutzrecht untersucht. Zweitens kann zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen, weil es zu unbeabsichtigten Nebenfolgen führt. Als Beispiel wird die tatsächliche Wirkung zwingender Widerrufsrechte im Verbraucherschutzrecht untersucht.

---

<sup>38</sup> Umfassend und facettenreich dazu die Beiträge in Engel/Schön (Hrsg.); s. weiterhin Jestaedt/Lepsius (Hrsg.). Zum Unterschied zwischen „eingebetteter“ und „nichteingebetteter“ Rechtswissenschaft s. *Fleischer* in: Engel/Schön (Hrsg.), S. 50, 52 f.



Drittens kann die Schaffung zwingenden Vertragsrechts unnötig sein, wenn das vom Gesetzgeber verfolgte Regulierungsziel durch andere Regulierungsinstrumente mit vergleichbarer Wirksamkeit erzielt werden kann. Als Beispiel wird die aufkeimende Debatte um optionales Vertragsrecht anhand der europäischen Übernahmerichtlinie untersucht. Viertens kann zwingendes Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stoßen, wenn angesichts sehr heterogener Regelungsadressaten ein Regulierungsinstrument mit großem Detailgrad notwendig ist. Als Beispiel werden Informationspflichten im Kapitalmarkt- und Bankrecht sowie Nichtigkeitsvorschriften im Bürgerlichen Recht untersucht. Damit analysiert der dritte Teil der vorliegenden Untersuchung die Tragweite der genannten vier Grenzen zwingenden Vertragsrechts anhand konkreter Beispiele aus dem allgemeinen Zivilrecht, dem Verbraucherschutzrecht sowie dem Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Bankrecht.<sup>39</sup> Die Untersuchung versteht das Vertragsrecht in einem weiten wirtschaftsrechtlichen Sinne, in dem auch gesellschafts- und kapitalmarktrechtliche Fragestellungen vertragsrechtlicher Natur sind.<sup>40</sup>

Im vierten Teil der Untersuchung wird zunächst analysiert, welche allgemeinen Konsequenzen aus den bisherigen Erkenntnissen für eine interdisziplinär fundierte Rechtswissenschaft gezogen werden müssen. Es werden Grenzen der unterschiedlichen rechtsökonomischen Methoden untersucht. Dies mündet in allgemeine Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Forschung. Danach stellt die Untersuchung Konsequenzen dar, die sich daraus für eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts ergeben und die über das Problem zwingenden Vertragsrechts hinausreichen. Es zeigt sich, dass eine Rechtsetzungslehre des Privatrechts in einer rechtsgebietsübergreifenden Steuerungswissenschaft aufgeht, die vom Privatrecht bis ins Öffentliche Recht reicht. Ein Ausblick beschließt die Untersuchung.

### C. Beschränkung der Untersuchung

Schließlich sei noch angeführt, mit was sich die folgende Untersuchung nicht beschäftigt. Erstens will die vorliegende Untersuchung nicht die Funktion und Bedeutung zwingenden Vertragsrechts im Allgemeinen nachzeichnen. Dazu existieren schon umfangreiche Abhandlungen.<sup>41</sup> Zweitens will die

---

<sup>39</sup> Die häufige Verwendung von Beispielen aus dem Verbraucher- und Anlegerschutzrecht hat mit der hohen Bedeutung zwingenden Vertragsrechts in diesen Rechtsgebieten zu tun. Zur zunehmenden Konvergenz der beiden Rechtsgebiete s. *Fleischer*, BKR 2006, 389, 391; *Moloney*, EBOR 2005, 341; *Vogel*.

<sup>40</sup> Zum Gesellschaftsrecht als Vertragsrecht s. unten Teil 3, D.II.2.b)bb)(1), S. 155.

<sup>41</sup> Mit Bezug zu den europäischen Grundfreiheiten beispielsweise *Remien*.

Untersuchung keine vollständige Rechtsetzungslehre des Privatrechts entwickeln. Dafür wären einerseits vielfältige Analysen außerhalb des Anwendungsbereichs zwingenden Vertragsrechts notwendig. Andererseits ist die Analyse von Beispielen im dritten Teil der vorliegenden Untersuchung nicht abschließend. Es ließen sich noch viele weitere Fälle identifizieren, in denen der Gesetzgeber mit zwingendem Vertragsrecht als Regulierungsinstrument an Grenzen stößt.

Eine umfassende Taxonomie aller Grenzen zwingenden Vertragsrechts ist nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung. Manche solche Grenzen wurden schon umfassend analysiert und müssen im vorliegenden Zusammenhang nicht erneut ausgebreitet werden. Dazu zählen beispielsweise die umstrittenen Auswirkungen eines zwingenden gesetzlichen Mindestlohnes auf Beschäftigung und Einkommensverteilung<sup>42</sup> oder die Frage, ob Unternehmen die Kosten zwingender Verbraucherschutzregelungen auf Verbraucher überwälzen können.<sup>43</sup> Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich bewusst auf wenige Beispiele aus unterschiedlichen Rechtsgebieten des Privatrechts, die noch selten analysiert wurden und dennoch wichtige Kernelemente einer interdisziplinär fundierten Rechtsetzungslehre zwingenden Vertragsrechts veranschaulichen. Die so gewonnenen Erkenntnisse des dritten Teils der Untersuchung lassen sich auf eine Vielzahl weiterer Beispiele übertragen, die im vorliegenden Zusammenhang nicht näher analysiert werden.<sup>44</sup>

Wie schon angedeutet,<sup>45</sup> will die Untersuchung auch keine umfassende Methodenlehre einer funktional verstandenen Rechtswissenschaft entwickeln. Vieles kann zu Recht gegen die Rechtsökonomie eingewandt werden. Die Fokussierung der normativen Wohlfahrtstheorie auf Fragen der Allokationseffizienz kann dazu führen, dass Fragen der Gerechtigkeit nicht hinreichend berücksichtigt werden.<sup>46</sup> Die Ausblendung von Verteilungsfragen durch die

---

<sup>42</sup> Zu dem Meinungsstreit aus ökonomischer Sicht umfassend *Brown* in: Ashenfelter/Card (Hrsg.), S. 2101; s. a. *Frey/Kirchgässner*, S. 264 ff.; *Franz*, S. 245 f. Zur gegenwärtigen Debatte um die Einführung eines gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland s. *Bayreuther*, NJW 2007, 2022; *Jacobs* in: Kohl u. a. (Hrsg.), S. 289.

<sup>43</sup> Dazu unten Teil 2, bei Fn. 225.

<sup>44</sup> So analysiert Teil 3, D.II, S. 121, das Problem optionalen Vertragsrechts am Beispiel der Regulierung eigenmächtiger Abwehrmaßnahmen im Übernahmerecht. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auch auf andere Beispiele optionalen Vertragsrechts übertragen. Im Gesellschaftsrecht ließe sich daraus eine übergreifende Studie zu Optionsmodellen erstellen, was *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 696, als „rechtswissenschaftliches Desiderat“ bezeichnet. Die Entwicklung einer solchen allgemeinen Theorie optionalen Vertragsrechts ist nicht das Ziel der vorliegenden Untersuchung.

<sup>45</sup> S. oben bei Fn. 36.

<sup>46</sup> *Mathis*; *Behrens*, S. 101 ff.; *van Aaken*, S. 210; *Schäfer/Ott*, S. 6 f.; *Ruffner*, S. 10 ff. Zur Frage, ob sich Probleme der Gerechtigkeit in Probleme der Allokationseffizienz und des Verteilungsoptimums übersetzen lassen, s. *Behrens*, S. 82 f.

Wohlfahrtstheorie<sup>47</sup> ist zumindest praktisch nicht durchzuhalten.<sup>48</sup> Das *Pareto*-Kriterium, welches die normative Wohlfahrtstheorie zur Aggregation individueller Präferenzen verwendet, ist angreifbar.<sup>49</sup> Wohlfahrtstheoretische Analysen basieren oftmals auf statischen Modellen, in denen Innovation nicht berücksichtigt wird.<sup>50</sup> Auch das Verhältnis zwischen der neoklassischen Modellwelt und dem Ordoliberalismus,<sup>51</sup> zwischen Effizienz- und Freiheitskonzepten<sup>52</sup> sowie zwischen der neoklassischen Modellwelt und dem Wettbewerb als Entdeckungsverfahren im Sinne *Friedrich von Hayeks* ist voller Spannungen.<sup>53</sup> Weiterhin stellt sich die Frage, welche rechtspolitischen Aussagen aus einer Partialanalyse gezogen werden könne, die wichtige Gesichtspunkte ausblendet.<sup>54</sup> Schließlich sind die methodischen Grundlagen neuerer Zweige der rechtsökonomischen Forschung, insbesondere der verhaltenswissenschaftlichen und der experimentellen Rechtsökonomie, vielfältigen Einwänden ausgesetzt.<sup>55</sup>

Solche Einwände sind berechtigt, und manche von ihnen werden in der vorliegenden Untersuchung an den entsprechenden Stellen auch diskutiert. Allgemeine Diskussionen der rechtsökonomischen Methode wurden gerade in Deutschland schon vielfach geleistet.<sup>56</sup> Dies soll hier nicht wiederholt werden.

<sup>47</sup> Im Ausgangspunkt beschränkt sich die Wohlfahrtsökonomie auf Allokationsfragen. Fragen der Umverteilung sollen über das Steuer- und Transfersystem vorgenommen werden. Das restliche Rechtssystem ist von Verteilungsgesichtspunkten frei zu halten; dazu *Kaplow/Shavell*, 23 J. Legal Stud. 667 (1994); *van Aaken*, S. 210 f.; *Ruffner*, S. 46 ff., jeweils m.w.N. Zum zugrunde liegenden Zweiten Hauptsatz der Wohlfahrtstheorie s. unten Teil 2, Fn. 112. Zu normativen Frage des Verhältnisses zwischen Allokationseffizienz und Ressourcenverteilung in der Wohlfahrtstheorie s. *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231, 233 ff.; *Hammond*, Oxford Econ. Papers 42 (1990), 6, 8 f.

<sup>48</sup> *van Aaken*, S. 211; *Behrens*, S. 91 ff.; *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, S. 48 f.; *Schäfer/Ott*, S. 7.

<sup>49</sup> *Mathis*, S. 48 ff.; *van Aaken*, S. 213 ff.

<sup>50</sup> *van Aaken*, S. 234 f.; *Knieps*, S. 8; *Mathis*, S. 40.

<sup>51</sup> *Möschel*, J. Inst. & Theor. Econ. 157 (2001), 3, 6 f.; *Hellwig* in: Engel/Möschel (Hrsg.), S. 231; *Drexler*, S. 162 ff.

<sup>52</sup> *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, S. 47 f. Allgemein zu einer Kritik instrumentalistischer Rechtswissenschaft *Tamanaha*.

<sup>53</sup> *Mestmäcker*, A Legal Theory without Law, mit Besprechung von *Ackermann*, JZ 2008, 139.

<sup>54</sup> *van Aaken*, S. 211. Dazu auch unten Teil 4, bei Fn. 9 ff.

<sup>55</sup> Zur Diskussion der experimentellen Rechtsökonomie s. *Hoffman/Spitzer*, 85 Colum. L. Rev. 991 (1985); *Croson*, 2002 U. Ill. L. Rev. 921; *Camerer/Talley* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), S. 1619; *Wagner-von Papp*, S. 116 ff., 129 ff.; *Posner*, 50 Stan. L. Rev. 1551, 1570 (1998); *Korobkin*, 83 Cornell L. Rev. 608, 661 ff. (1998). Dazu auch unten Teil 3, bei Fn. 393 ff. sowie Teil 4, A.II., S. 321, und Teil 4, A.III., S. 322.

<sup>56</sup> S. nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip; *van Aaken*; *Assmann* in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), S. 17; *Mathis*; *Behrens*; *Schäfer/Ott*; *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997), 423; *Fezer*, *JZ* 1986, 817; *Schäfer/Ott*, *JZ* 1988, 213; *Fezer*, *JZ* 1988, 223. Zu den Unterschieden zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Diskurs s. *Grechenig/Gelter*, *RabelsZ* 72 (2008), 513.

Daher enthält sich die Untersuchung einer generellen Analyse der rechtsphilosophischen und -theoretischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts. Vielmehr wagt sich die Untersuchung bewusst anhand eng abgegrenzter Beispiele in einer Breite und Tiefe in die Nachbarwissenschaften hinein, die im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs vielleicht unüblich sind. Dies beruht auf der Überzeugung, dass die Möglichkeiten und Grenzen einer interdisziplinär ausgerichteten Rechtswissenschaft am besten durch eine proaktive Einbeziehung der Nachbarwissenschaften ausgelotet werden können.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Dazu auch oben bei Fn. 37.



## Teil 2

# Methodische Grundlagen

## A. Einführung

In diesem Teil der Untersuchung werden die methodischen Grundlagen entwickelt, auf denen die nachfolgenden Teile aufbauen. Zunächst wird aus *rechtlicher* Sicht auf die Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Vertragsrecht eingegangen (unten Teil 2, B.I, S. 13). Daraufhin wird gezeigt, dass jede Rechtssetzungslehre auf einem deskriptiven Modell menschlichen Verhaltens aufbauen muss und dass auch dem Privatrecht die Existenz eines normativen Ordnungsmodells menschlichen Verhaltens nicht fremd ist (unten Teil 2, B.II, S. 16). Anschließend werden die *rechtsökonomischen* Bausteine dargestellt, auf denen die nachfolgende Untersuchung basiert (unten Teil 2, C, S. 19).

## B. Rechtliche Grundlagen

### I. Zwingendes und dispositives Vertragsrecht

Die Dogmatik des Vertragsrechts ist von der Dichotomie zwischen zwingendem und dispositivem Vertragsrecht geprägt.<sup>1</sup> Dispositive Regelungen des Vertragsrechts – also gesetzliche Regelungen, die abweichende Vereinbarungen durch die Vertragsparteien zulassen<sup>2</sup> – entspringen dem Grundsatz der Privatautonomie. Der dispositive Charakter einer Regelung ergibt sich teilweise aus einer ausdrücklichen Anordnung durch den Gesetzgeber.<sup>3</sup> Teilweise kann er nur durch eine teleologische Auslegung der Regelung erschlossen werden.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Bachmann*, JZ 2008, 11; exemplarisch *Hey*, S. 119 ff. Zur Fragewürdigkeit dieser Dichotomie s. unten Teil 3, D.II, S. 121.

<sup>2</sup> *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 95; *Leipold*, § 3 Rdnr. 18; *Brox/Walker*, Rdnr. 36; *Bork*, Rdnr. 96; *Köhler*, § 3 Rdnr. 23.

<sup>3</sup> Beispielsweise durch die Anordnung, dass etwas anderes bestimmt werden kann (etwa in §§ 145, 269, 271 Abs. 1, 276 Abs. 1, 426 Abs. 1, 430, 1021, 1022 BGB), oder durch die Schaffung von Zweifelsregeln (beispielsweise §§ 270, 271 Abs. 2, 315 Abs. 1, 317 Abs. 1, 329 ff., 449 Abs. 1 BGB).

<sup>4</sup> Grundsätzlich kann von dispositivem Recht ausgegangen werden, soweit die Vorschrift, von der abgewichen werden soll, nur die Interessen der Vertragsparteien betrifft, s. *Larenz/Wolf*, § 3 Rdnr. 96.