

Legitimation privater Rechtsetzung

Maximilian Ferchau

Angesichts der Internationalisierung des Privatrechts und der, in den letzten 30 Jahren stark hervorgetretenen Tendenz der Privatisierung in der Ökonomie und in der Wirtschaftspolitik und des Rückzugs des Staates aus einigen Bereichen¹, stellt sich die Frage, inwieweit die Setzung von heteronomen rechtlichen Regeln privaten Akteuren überlassen werden sollte.² Insbesondere im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Internetgeschäften und der Durchsetzung von Urheberrechten im Netz ist dies eine Thematik von hoher Aktualität. Gerade bei privaten Institutionen mit ungewöhnlich großer Machtfülle, wie den Verwertungsgesellschaften, die Nutzern gegenüber „autoritär“ auftreten, erweist sich dies als Problem in der Rechtspraxis.

Dabei ist die dahinter stehende Grundfrage nach der Legitimation von Recht gegenüber den Adressaten ein klassisches Thema der Rechtsphilosophie, der Rechtssoziologie und der Methodenlehre. Von vielen wird sie als die Frage der Rechtsphilosophie begriffen³. Allerdings stand dabei meistens das Problem der Geltung von staatlich gesetztem Recht in einem öffentlich-rechtlichen und staatspolitischen Kontext im Vordergrund. Die spezifisch privatrechtliche Perspektive auf dieses Thema ist weit weniger erörtert. Doch sieht man sich die inhaltlichen Funktionsprinzipien und Grundgedanken des Zivilrechts im Vergleich zum Öffentlichen Recht an, sowie die Aufgabe, die ihm gesellschaftlich zugewiesen ist, so erkennt man, dass es gerade im Bereich der privaten Rechtsetzung eigene Charakteristika aufweist.

Die Frage, welche Ergebnisse eine Betrachtung der Rechtsgeltung speziell aus der Perspektive der Privatautonomie erzielt, soll hier von den Grundlagen der Privatrechtsordnung her überprüft werden.

I. Rechtsgeltung im Privatrecht

1. Charakteristika der Privatrechtsordnung

Es lohnt zunächst ein Blick auf die wesentlichen Eigenschaften des Privatrechts und privatrechtlichen Regeln, die für die Rechtsetzung relevant sind, zu werfen.

a. Privatautonomie

Wesentliche Aufgabe der Privatrechtsordnung ist es, die Rechtsbeziehungen zwischen gleichberechtigten natürlichen oder juristischen Personen zu regeln.⁴ Zentrales Prinzip der Rechtsbeziehungen in der freien marktwirt-

schaftlichen Gesellschaft ist die Privatautonomie.⁵ Sie ist die Selbstdisposition des Einzelnen im Rechtsverkehr:⁶ Jeder darf grundsätzlich Rechtsbeziehungen anknüpfen und Rechtsgeschäfte tätigen, worüber, mit wem, und auf welche Weise er will.⁷ Umstritten ist hierbei, ob der Geltungsgrund alleine im durch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung ausgedrückten Willen liegt („stat pro ratione voluntas“)⁸ oder darüber hinaus der Private über „materielle Selbstbestimmung“ verfügen müsse.⁹

b. Dualismus Gesetz - Rechtsgeschäft

Die zentrale privatrechtliche Handlungsform ist der Vertrag.¹⁰ Durch Verträge werden zwischen Privaten verbindliche Regeln geschaffen, deren Einhaltung einklagbar ist. Dies verdeutlicht schon den wesentlichen Unterschied zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht in puncto „Rechtsetzungsbefugnis“:

Während im Öffentlichen Recht vorwiegend das staatliche Gesetz Regeln begründet (bzw. durch die Verfassung legitimierte Akte der Judikative und Exekutive), somit die Staatsautorität Handlungsspielräume der Bürger reguliert und beschränkt, charakterisiert sich das Privatrecht durch ein zweigleisiges System:¹¹

Im Deliktsrecht und im Sachenrecht werden bestimmte Rechte der Bürger gegenüber anderen Bürgern unmittelbar per Gesetz festgelegt (Subjektive Rechte wie das Eigentum, das gesamte Deliktsrecht der § 823 ff. BGB).¹²

Doch im Bereich der rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisse werden private Regelungen von den Adressaten selbst durch das Institut des Vertrags begründet.¹³

Grundsätzlich ist die Ausgestaltung des Vertragsinhalts und somit der privaten Regelungen den Kontrahierenden frei überlassen.¹⁴ Das rechtsgeschäftliche Privatrecht stellt vorgefertigte Vertragsformen bereit, die als (u.a. durch Inhaltskontrolle sanktionierbare) Handlungsempfehlungen und Instrumente für die privaten Akteure dienen.¹⁵

Dieser reine Dualismus von Vertrag und Gesetz lässt noch einen klaren Unterschied zwischen staatlichen Rechtsnormen und vertraglichen Regeln zu:

Die einen zeichnen sich in der Regel durch Heteronomität und Generalität aus, die anderen sind autonom, konkret

1 Bachmann in: Jb.J.ZivRWiss. 2002, S.10 f.

2 Bachmann aaO, S. 12 f.

3 Vgl. Krüper/Gierhake, Grundlagen des Rechts, S.21.

4 Köhler, Bürgerliches Gesetzbuch, S. 15 f.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, S. 8.

5 Zöllner in: JuS 1988, S. 329 (329 f.); Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, S. 26 ff.

6 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 413.

7 Zöllner (Fn. 5), S. 329 (329 ff.).

8 Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 6.

9 BVerfGE 89, 214 ff.

10 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, S. 5.; Bachmann, private Ordnung, S. 260.

11 Bachmann in: Jb.J.ZivRWiss 2002, S. 13.

12 Köhler, (Fn. 4), S. 15.

13 Köhler in: Bürgerliches Gesetzbuch, S. 15.

14 Grundsatz der Vertragsfreiheit, vgl. Köhler (Fn. 4), S. 34 ff.

15 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 139 f.; 146 ff.

und individuell;¹⁶ hinter dem staatlichen Gesetz (wie auch hinter dem Verwaltungsakt oder Richterrecht) steht die staatliche Autorität, die das Recht gegenüber dem Bürger mithilfe von autoritären Sanktionen durchsetzt, während vertragliche Vereinbarungen aus der rechtlichen Gleichberechtigung der Parteien heraus entstehen.

c. Besondere Phänomene der Rechtsetzung durch Private

Jedoch haben sich im modernen Privatrecht mehrere Fälle von Regelsetzung entwickelt, die nicht mehr im vertraglichen Rahmen geschlossen wurden, sondern bereits von einer privaten Autorität, die zur Normsetzung von ihren Regeladressaten per Zustimmung „ermächtigt“ wurde.

Die so gesetzten Regeln entfalten einen heteronomen Charakter und kommen in manchen Ausprägungen Gesetzesnormen auch ihrer sozialen Wirkung nach sehr nahe. Im Folgenden sollen einige Beispiele für diese besonderen Fälle autoritärer privater Normsetzung aufgezeigt werden, die die Einordnung (und damit die Legitimation) privater Rechtsetzung im Allgemeinen erschweren.

Einzelne Beispiele für diese „Problemfälle“ sind die Vereinsatzung, der Arbeitsvertrag sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

aa. Eingetragener Verein

Im Vereinsrecht findet sich zum einen das Institut der Vereinsatzung (§§ 57, 58 BGB). Hierbei handelt es sich um die „Verfassung“ eines Vereins, in der u.a. Mitgliederbeiträge und Vorstandszusammensetzung und weitere Rechte und Pflichten der Mitglieder bestimmt werden können.¹⁷ Bei der Satzung handelt es sich um eine Ordnung, die von den Gründungsmitgliedern festgelegt wird und für alle dem Verein beigetretenen Personen gilt. Sie ist folglich eine heteronome und relativ generelle Normsetzung, die vom Charakter her einem Gesetz sehr nahe steht.¹⁸

Ebenfalls im Vereinsrecht fällt der Mehrheitsbeschluss als problematische Variante einer Rechtsetzungsermächtigung auf (§ 32 I 3 BGB) auf. Hierbei genügt zu Entscheidungen über Vereinsangelegenheiten und u.a. Satzungsregelungen die Zustimmung einer Mehrheit der Mitglieder. Es handelt sich um ein nicht-vertragliches Rechtsgeschäft, da zum einen Willenserklärungen nicht aufeinander abgestimmt sind, sondern parallel auf ein Ziel laufen, und zum anderen kein absoluter Konsens, sondern lediglich ein Mehrheitskonsens, zur Regelsetzung ermächtigt.¹⁹

bb. der Arbeitsvertrag

Kollektive Verträge, insbesondere Tarifverträge, die

zwischen Verbänden abgeschlossen werden, die die jeweiligen Adressatengruppen repräsentieren, sind selbstverständlich ebenfalls repräsentativ. Sie begründen zwingende Regeln auch für jene Mitglieder einer Adressatengruppe, die dem Vertragsschluss überhaupt nicht zugestimmt haben.²⁰ Die Selbstregulierung von Tariflöhnen und anderen Arbeitskonditionen ist den Gewerkschaften gemäß Art. 9 III GG möglich. Durch ihre breite Flächenwirkung und ihren auch für Nicht-Zustimmende verbindlichen Charakter rücken Tarifverträge effektiv stark in die Nähe von Gesetzen.²¹

cc. Allgemeine Geschäftsbedingungen

Im bürgerlichen Recht sind AGB ein Beispiel für Regelungen, die von einer Vertragspartei für eine Vielzahl von Verträgen verwendet sind (somit generell) und von der anderen Partei nur pauschal akzeptiert werden (heteronom, wenn auch noch vom vertraglichen Konsens abhängiger Akt der Regelsetzung).²²

Es stellt sich die Frage, ob und wenn, wie man alle diese Phänomene unter ein Legitimationsmodell zusammenfassen kann.

Die Zweiteilung zwischen staatlichen und privaten Regeln ist dabei ebenso problematisch wie die Variabilität innerhalb der privaten Rechtsetzung selbst.

d. Folgen für die Legitimation von Privaten Normen:

Anhand der oben gezeigten Eigenschaften privater Normsetzung wird klar, dass die Rechtsgeltungsfrage im Privatrecht eine andere Zielrichtung hat als im Staatsrecht.

An erster Stelle hat hier nicht die Legitimation der staatlich erlassenen Gesetze des Privatrechts (BGB, HGB etc.) zu stehen, die dem staatlichen Legislativbereich angehören und deren Rechtsgeltungsproblematik folglich für einen öffentlich-rechtlichen Blickwinkel interessanter ist.

Stattdessen geht es vorrangig darum, ein umfassendes Legitimationsmodell jener Regeln und Regelwerke zu finden, die von Privaten untereinander und aus sich heraus ohne staatliche Anordnung erarbeitet wurden, und dennoch im Rechtsverkehr verbindlich sind.

Wesentlich ist hier zwar das Institut des Rechtsgeschäfts, des zentralen formalen Legitimationsmittels privater Rechtsetzung

Aber anhand der Darstellung bestimmter Normsetzungsphänomene mit einem „ermächtigenden“ oder gar „Unterwerfungscharakter“ und einer heteronomen Wirkung wird auch klar, dass eine einfache dogmatische Erklärung „Willenserklärungen setzen eine vertragliche Regel in Geltung“ zwar für Austauschverträge zufriedenstellend sein

16 Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S. 15.

17 Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S.83.

18 Bachmann, Private Ordnung, S. 109 f.

19 Köhler, BGB Allgemeiner Teil, S. 40 f.

20 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 184 ff., 208 f.

21 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 184 ff.

22 Meyer-Cording, S. 83 ff.; Problematik bei Bachmann in: Jb.J.ZivRwiss. 2002, S. 25.

mag, jedoch für das gesamte Privatrecht so nicht ausreicht.²³

Aus den Charakteristika des Privatrechts ergibt sich eine mehrfache Rechtsgeltungsfrage: Zum einen ist fraglich, wie jegliche Regeln, die von Privaten – i.d.R. durch Austauschvertrag, aber auch durch problematischere Satzungsformen – erlassen worden sind, zu geltendem Recht werden.

Zum zweiten gilt es, herauszufinden, welche Rolle die Gesetze des Privatrechts bei der Legitimation privat gesetzter Regeln spielen und zum dritten, welche Prinzipien diese selbst zur Regulierung und Einschränkung der freien Privatautonomie legitimieren.

2. Voraussetzungen der Geltung privater Regeln

Aus der Zusammenschau der wichtigsten Rechtsgeltungstheorien ergibt sich ein neues Bild der juristischen Legitimation privaten Rechts.

Es werden zwei grundlegende Ansätze in der Lehre verfolgt, die bei Bachmann mit den zutreffenden Termini der „äußeren Legitimation“ und der „inneren Legitimation“ bezeichnet werden,²⁴ und hier zu einer Gesamtansicht zusammengefügt werden sollen:

Sämtliche Theorien zur Frage, wie das private Recht in die hierarchische Staatsrechtsordnung einzufügen und wie die logische Abhängigkeit der einzelnen Regeln dieser Hierarchie beschaffen ist (z.B. Legitimationskette von der Verfassung herab), somit die rein positivistischen, system-immanenten Begründungselemente für private Regeln, bilden deren „Äußere Legitimation“.²⁵

Inhaltliche Elemente für die individuelle Rechtfertigung des jeweiligen Regelsetzers gegenüber dem Adressaten bilden demnach die „Innere Legitimation“.²⁶

Um einen vollständigen Überblick zu haben, empfiehlt es sich, die beiden Aspekte zunächst getrennt aufzuführen.

a. Systematische Voraussetzungen

Das Hauptanliegen positivistischer Rechtsgeltungstheorien ist es, die Phänomene privater Rechtsetzung im Sinne einer „äußeren Legitimation“ in die Hierarchie der Rechtsquellen und den Stufenbau des Rechts zu integrieren:

Die Gesetze des Privatrechts, welche durch einen, von der Verfassung ermächtigten Gesetzgeber im Rahmen eines verfassungsmäßigen Gesetzgebungsprozess zustande gekommen sind, ermächtigen durch ihre Bestimmungen (bzw. die Voraussetzungen der Rechtsgeschäftslehre im BGB) die Vertragsparteien zur Setzung eigener Handlungs- oder Ermächtigungsnormen.²⁷ Erreicht wird eine Eingliederung von privaten Normen in die Rechtsquellenlehre durch die rechtliche Anerkennung des Rechtsgeschäfts als Rechtsquelle.

Dabei ergibt sich aus den unterschiedlichen Theorien ein überraschend einheitliches Bild von der formalen Legitimation

von privater Regeln „von oben“ und „von unten“.²⁸

Zunächst werden private Regeln, gleich welcher Art, durch die Normbetroffenen „von unten“ per Willenserklärung legitimiert (daher auch der synonyme Terminus der „Geltungserklärung“). Die Privaten haben die alleinige Geltungsinitiative und aktivieren ihre eigenen Handlungsnormen.²⁹

Der Staat muss jedoch in einem zweiten Schritt lediglich diese privatautonomen Entscheidungen „von oben“ legitimieren, indem er sie gesetzlich mit Handlungsformen ausstattet und durch die Rechtsprechung durchsetzt, um ihnen zur Geltung zu verhelfen.

Die genaue Rolle des Staates in der systematischen Legitimation solcher Sollenssätze ist umstritten: Einer Ansicht nach findet eine „Ermächtigung“ oder Kompetenzverleihung gegenüber dem jeweiligen Normsetzer (der privaten Normsetzung vorausgehend) von staatlicher Seite statt.³⁰

Die überzeugendere Gegenansicht spricht demgegenüber von einer nachträglichen „Anerkennung“ von Normen, deren Geltung die Privaten bereits initiiert haben, durch den Staat.³¹

Sie lässt sich leichter mit der Idee der Geltungsinitiative der privaten Parteien verbinden, also dem Gedanken, dass - wie von der ganz h.M. vertreten - der Satz „ita ius esto“, also die initiierte Geltungsanordnung, ausschließlich von den kontrahierenden Parteien selbst aus deren autonomer Willensentscheidung heraus ausgesprochen wird, ohne vorhergehende Beeinflussung durch eine staatliche Autorität.³²

Konkret, und unabhängig von der methodologischen Herleitung, erledigt der Gesetzgeber jedenfalls seine Aufgabe bei der Legitimation privater Normen auf mehrere Arten: zum einen legislativ durch Handlungsformen für Private (z.B. bestimmte Vertragstypen wie der Tarifvertrag)³³, durch die Ermächtigung bestimmter privater Institutionen zur Regelsetzung (Verbände)³⁴ oder auch durch die Schaffung subjektiver Rechte, die ebenfalls zur Aufstellung heteronomer Regeln berechtigen³⁵.

Zum anderen werden diese Regeln weiter auf judikativer Ebene durch die Infrastruktur der Rechtsprechung und die notwendige gerichtliche Durchsetzung vom Staat anerkannt³⁶.

Die Willens- oder Geltungserklärungen der Parteien bleiben jedoch, wie oben dargelegt, nach der ganz herrschenden Meinung immer eine formal notwendige Voraussetzung dafür, dass eine private Regel für sie überhaupt in Geltung tritt.

Zusammen mit der staatlichen Anerkennung durch

23 Bachmann in: Jb.J.ZivRwiss. 2002, S. 17 f.; Auch Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, S. 46 ff.

24 Bachmann in: Jb.J.ZivRwiss. 2002, 2003, S.17.

25 Bachmann in: Jb.J.ZivRwiss. 2002, S. 17.

26 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 504 f. („innere Begründung“).

27 Vgl. die Darstellung bei: Bachmann, Private Ordnung, 2006, S.100.

28 Zu den Formulierungen „von oben“ und „von unten“ vgl. Bachmann in: Jb.I.ZivRwiss. 2002, 2003.

29 Canaris, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, in: Bydliński/Krejci/Schilcher/Steininger (Hrsg.), Das bewegliche System im heutigen und künftigen Recht, S. 103 (115.).

30 Adomeit, aaO.

31 Canaris, AcP 184 (1984), 201, 217-219., Canaris, Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr, S. 103 (115.).

32 Ebd.

33 AaO., S.140 f.

34 AaO., S.138, 145.

35 AaO. S.142 f.

36 AaO., S. 146 ff.

Sanktion ergibt sich somit formal gesehen ein System der doppelten äußeren Legitimation.³⁷

b. Elemente einer inhaltlichen Legitimation privater Regeln.

Über die Notwendigkeit einer formalen Legitimation privater Rechtsetzung durch Rechtsgeschäft von der einen und staatsrechtliche Sanktion von der anderen Seite nach dem oben beschriebenen Grundmodell besteht, bei Einzelabweichungen, weitgehende Übereinstimmung in der Literatur.

Die meisten Ansätze, mit Ausnahme einiger, hierunter namentlich der ordnungsökonomischen Theorie und der Theorie vom Privatrecht als Organisationsrecht, lassen jedoch inhaltliche Elemente der Rechtsgeltung – zum Teil bewusst – außen vor.³⁸

Aus den letztgenannten Theorien und deren Erkenntnissen lässt sich jedoch, im Zusammenhang mit weiteren Quellen, ein Modell für eine, auf Begründungselementen und –werten gestützte „innere“ Legitimation skizzieren:

aa. Wille, Zustimmung und Konsens

Die Selbstbestimmung des Einzelnen ist das Element, auf dem die Privatautonomie in ihrem Wesen aufbaut.³⁹ Sie findet ihren Ausdruck in der Zustimmung zur Regelbildung, manifestiert in Form von Willenserklärungen.

Zustimmung „aktiviert“, traditionell in Form des vertraglichen Konsenses, aber auch beim Vereinsbeitritt oder beim Mehrheitsbeschluss, die Geltung. Die Übereinstimmung von Willenserklärungen baut den rechtlichen Kontakt der Parteien auf und rechtfertigt Forderungen, die aus dieser Bindung folgen. Bei hypothetischer „reiner“ Privatautonomie wäre die aus dem Willen der Beteiligten entsprungene Zustimmung alleiniger Geltungsgrund für Sollsätze aus privater Hand.

bb. Rechtsprinzipien und Individualrechtsgüter zum Schutz von Adressatengruppen

Die bloße und un gelenkte Zustimmung kann in der Regel, jedoch nicht mehr in jedem Fall als hinreichendes Element angesehen werden. Sie muss in bestimmten Fällen anhand bestimmter Maßstäbe „korrigiert“ werden, um übermäßige Ausbeutung, insbesondere bei den problematischen Phänomenen autoritärer und heteronomer privater Rechtsetzung, zu verhindern. Das Korrektiv sind bestimmte Rechtsprinzipien, die die Regelbetroffenen vor einer Übervorteilung seitens des Setzers schützen sollen und mit Bachmanns Definition, unter dem Sammelbegriff des Gemeinwohls zusammengefasst werden können: Das „Gemeinwohl“ oder „Gruppenwohl“ definiert Bachmann analog zum Gemeinwohl im Staatsrecht als die gemeinsamen Interessen einer Adressatengruppe.⁴⁰

Er beschreibt es weiter, an die Staatsrechtstheorie von Rawls angelehnt, als bestimmte Prinzipien, deren Befolgung

37 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 139 ff.

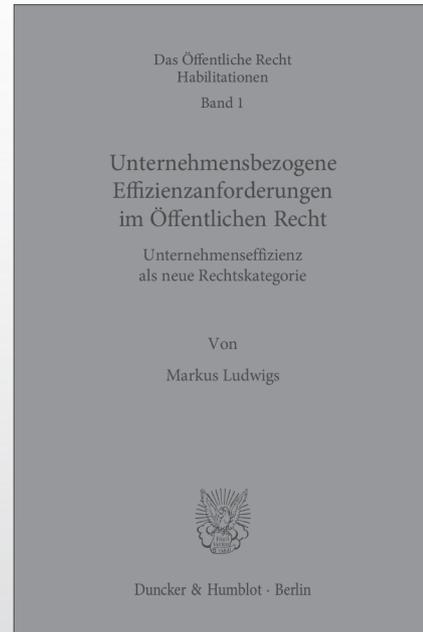
38 Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 106 f.

39 Canaris, Vertrauenshaftung, S. 413.; Flume, AT II, § 1, I.

40 Bachmann, Private Ordnung, S. 106, 2006.

DAS ÖFFENTLICHE RECHT HABILITATIONEN

Der Verlag Duncker & Humblot hat eine neue Schriftenreihe für herausragende Habilitationsschriften aus allen Bereichen des Öffentlichen Rechts in das Verlagsprogramm aufgenommen. Sie ist hochwertig ausgestattet, mit Festeinband, Schutzumschlag, Fadenheftung und Prägung.



Markus Ludwigs

Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht

Unternehmenseffizienz als neue Rechtskategorie

Das Öffentliche Recht. Habilitationen, Band 1
674 Seiten, 2013

ISBN 978-3-428-13984-2, Lw. mit Schutzumschlag € 98,90

Auch als E-Book erhältlich

Die Implementierung ökonomischer Effizienzvorstellungen im Öffentlichen Recht wird bislang aus einer rein staatszentrierten Sicht begriffen. »Effizienz« kann aber noch aus einem anderen Blickwinkel betrachtet werden – dem des einzelnen Unternehmens. Ein solcher Perspektivwechsel wird durch die zunehmende Inkorporation ökonomischer Effizienzanforderungen in Vorschriften des nationalen wie des europäischen Rechts nahegelegt. Hierdurch erfolgt eine »Metamorphose« von einem ökonomischen in einen juristischen Effizienzbegriff. Im Zuge dieser Juridifizierung wird das Effizienzkriterium in vielfältiger Weise gegenüber den Wirtschaftsteilnehmern aktiviert.

Markus Ludwigs leistet eine analytische Durchdringung dieses Rechtsphänomens in repräsentativen Referenzgebieten (Regulierungsrecht, Energieumweltrecht, EU-Kartellrecht) und entwirft ein Gesamtgemälde der Unternehmenseffizienz im Öffentlichen Recht.

Duncker & Humblot

im Schnitt allen Adressaten zugutekommt, selbst wenn individuell der Konsens dazu nicht von jedem Betroffenen gegeben ist.⁴¹

Solche „staatsrechtliche“ Werte greifen an mehreren Stellen ins Privatrecht ein, zuvorderst grundrechtsbezogene Werte.⁴²

Bestes Beispiel sind die „Einfallstore“ für Grundrechte über Generalklauseln wie „Treu und Glauben“ oder der deliktische Schadensersatzanspruch, sowie der Schutz bestimmter subjektiver Rechte wie des Eigentums im BGB.⁴³

Als Kritik an der Begrenzung privatautonomer Regeln durch das Legitimationselement „Gemeinwohl“ könnte entgegengebracht werden, dass dies das Prinzip der Privatautonomie wesentlich untergrabe, in der alles ausschließlich auf der Zustimmung der Individuen beruht.

Dies mag bei einer Interpretation von Gemeinwohlbelangen als geltungsbegründendes Element stimmen. Es ist jedoch sinnvoll, staatlich verfolgte Gemeinwohlziele eher als Korrektiv (nicht als Ursache!) der durch Konsens initiierten privatrechtlichen Legitimation anzusehen: Schon systematisch gesehen ist dies nicht nur mit dem Prinzip der Privatautonomie zu vereinbaren, sondern vielmehr geboten: Da der Staat private Regeln durch gesetzliche und gerichtliche Sanktion anerkennt, ist es folgerichtig, dass er nur solche Regeln billigt und durchsetzt, die keinen Grundüberlegungen des Staatsrechts und Verfassungsrechts zuwiderlaufen. Ansonsten würde er seiner Verantwortung nicht nachkommen. Die Privatautonomie selbst ist schließlich ein Prinzip, das vom Staat geschützt wird und in dem grundrechtliche Überlegungen und Staatsprinzipien zum Vorschein kommen.⁴⁴ Daher muss auch das Funktionieren der privatautonomeren Gesellschaft als Ganzes vom Staat geregelt werden.

Hier gilt es, dazu das allgemeine Interesse an diesen Prinzipien zu bedienen. Dass sie von Fall zu Fall unterschiedlicher Natur sind (Verkehrssicherheit, Schutz subjektiver Rechte einer Adressatengruppe etc.), rechtfertigt insoweit eine vage funktionale Bestimmung des Gemeinwohlbegriffs.

Im Ergebnis wird im Zivilrecht der stets notwendige Konsens vom Gemeinwohl bei der Rechtsetzung stellenweise begrenzt und somit geleitet („Bewegliches System“).⁴⁵

cc. Das Privatrecht als organisiertes und organisierendes System

Daraus ergibt sich die Frage, wie konkret sie im Zivilrecht miteinander verbunden werden. Bachmann bringt hier die Bedeutung der Institute des Privatrechts ins Spiel. Sie ziehen seiner Meinung nach nicht nur Grenzen, innerhalb derer Individuen privatautonom agieren können, oder weisen lediglich Rechtsgüter zu, sondern schaffen eine Infrastruktur für autonome rechtliche Kooperation, auf deren

Regeln sich die Beteiligten verlassen können.⁴⁶

Die privatrechtlichen Gesetze geben dispositive Handlungsempfehlungen, die sanktionierbar sind und den Parteien die rechtliche Kooperation erleichtern sollen.⁴⁷ Zum anderen stellen sie bestimmte inhaltliche und formale Kautelen auf, die bestimmte Adressatengruppen im ansonsten freien Rechtsverkehr schützen sollen (z.B. Minderjährigen- und Verbraucherschutz im BGB, subjektive Eigentumsrechte). Dadurch, dass der Staat Privaten seine Rechtsprechung bereitstellt, verleiht er den gesetzten Normen per Richterspruch reale Wirksamkeit und Geltung.⁴⁸

Da die Privatautonomie ein Verfassungsprinzip ist, kann sie vom Staat unter bestimmten Voraussetzungen auch eingeschränkt werden, um überhaupt funktionieren zu können. Die Begrenzung der rechtlichen Wirkungen des privatautonomeren Willens durch staatliche Gemeinwohlbelange geschieht zwar auch aufgrund verfassungsmäßiger Werte, doch vorwiegend mit dem Ziel der Funktion der Marktwirtschaft. Das so entstehende Bild ist, wie in Bachmanns Theorie, das eines beweglichen Systems der Legitimation.

Die Rechtsgeltung privat gesetzter Normen entsteht folglich nicht aus einem letztbegründenden Wert heraus, sondern aus einer Balance mehrerer legitimierender und organisierender Elemente.

II. Fazit

Folgende Ergebnisse sind bei dieser Betrachtung der Rechtsgeltung privater Rechtsnormen gewonnen:

1. Die Geltung privater Regeln wird durch die Willenserklärung der Adressaten initiiert. Inhaltlich ist es die Zustimmung der Adressaten, die eine private Regel für sie selbst in Geltung setzt. Sie ist zentrales und notwendiges Element privater Rechtsgeltung.

2. Diese Zustimmung muss reguliert und organisiert werden. Dies geschieht durch die gesetzte staatliche Privatrechtsordnung.

3. Der Staat schafft diese Legitimation durch die Gesetzesnormen des Privatrechts und deren gerichtliche Durchsetzung. Das Privatrecht stellt durchsetzbare Rechtsgeschäftsformen zur Verfügung, stellt bestimmte Bedingungen an das Zustandekommen des regelbildenden Konsens und bestimmt inhaltliche und formale Grenzen der Ermächtigung von Privaten zur Normsetzung.

4. Das Bild, das von der Legitimation privater Regeln in der Privatrechtsordnung entsteht, ist das eines komplexen, mehr funktional denn an Werten orientierten Legitimationssystems.

41 Bachmann, Ebd.

42 Papier/Krönke, Grundrechte, S. 52.

43 Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, S. 210 ff.

44 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 177 ff.; S. 180.

45 Bachmann, Private Ordnung, S. 226.

46 Bachmann in Jb.I.ZivRwiss., 2002, S.20f.

47 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 140, 146 ff.

48 Kirchhof, Private Rechtsetzung, S. 139 ff.; S. 146 ff.