

Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei

Zugleich eine Stellungnahme zu *Röthel*,
„Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung:
ein mystifizierendes Leuchtfeuer“

Karl Riesenhuber^{*}, ^{**}

- I. Privatautonomie als „mystifizierendes Leuchtfeuer“?
- II. Privatautonomie als Prinzip
 1. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien
 2. Das „Konfliktverhalten“ von Prinzipien
 3. Prinzipien und Optimierungsgebote
 4. Die Bedeutung einzelner Prinzipien für die Dogmatik
- III. Das Prinzip der Privatautonomie
 1. Begriffsbestimmung
 2. Angewiesenheit auf rechtliche Ausgestaltung
 3. Privatautonomie als Konstituens des Privatrechts
 4. Antinomien der Privatautonomie zwischen formaler und materieller Freiheit
 5. Prinzipiell schiere Freiheit und empirisch ausgeglichene Freiheit
- IV. Zur Berufung auf die Privatautonomie in der Rechtspolitik
 1. Zum „richtigen“ Gebrauch
 2. Die Bedeutung einer Berufung auf „die Privatautonomie“
 3. Zur Relativierung durch historische und ausländische Beispiele
 4. Die spezifische Stärke des Prinzipienarguments
 5. Zur „Widerlegung“ von rechtspolitischen Argumenten durch den Gesetzgeber
- V. Bewertung einzelner Entwicklungen
 1. Verbraucherschutz
 2. Diskriminierungsverbote
 3. Gegengewicht in der Entwicklung des allgemeinen Privatrechts?
- VI. Privatautonomie ohne irrationale Schwärmerei

* Meinem Vater Kapitän *Heribert Riesenhuber*, Seelotse i. R., zum 90. Geburtstag am 28. April 2018 gewidmet. Er kennt die Bedeutung von Fixsternen und Leuchtfeuern und den Wert individueller Freiheit.

** Prof. Dr. iur., M.C.J. (Austin/Texas), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Ruhr-Universität Bochum, Richter am Oberlandesgericht Hamm.

Nachabdruck des zuerst in der Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2018, 352 ff. veröffentlichten Beitrags.

I. PRIVATAUTONOMIE ALS „MYSTIFIZIERENDES LEUCHTFEUER“?

Wer sich im Jahr 2018 mit dem Prinzip der Privatautonomie beschäftigt, kommt an der 2017 von *Anne Röthel* aufgeworfenen Frage nicht vorbei, ob es sich dabei nicht um ein „mystifizierendes Leuchtf Feuer“ handle.¹ Das gilt umso mehr für denjenigen, der auf einer Veranstaltung spricht, auf der die Kollegin selbst zugegen ist. Mir persönlich ist es zudem wegen unserer gemeinsamen Erlanger Wurzeln eine Verpflichtung.

In ihrem Beitrag kritisiert Röthel wortgewaltig und bildreich den Umgang mit dem „Leitbegriff“ der Privatautonomie in der heutigen Rechtswissenschaft. Da sie allerdings ihre Kritik oft durch Stilmittel wie Ironie oder pejorative Ausdrucksweise artikuliert, kann ich nicht ausschließen, Einzelheiten missverstanden zu haben. Daher seien die Kernaussagen kurz zusammengefasst:

Privatautonomie stehe in einem verfassungsrechtlichen Rahmen, der nur einen Kernbereich („angemessener Betätigungsraum des Einzelnen“) garantiere und die Ausgestaltung weithin dem einfachen Recht überlasse. Über das richtige Verständnis, die Grundlagen, Voraussetzungen und das Menschenbild der Privatautonomie werde gestritten. Dabei gestehe man sich die Prämissenabhängigkeit der eigenen Aussagen oft nicht ein und vermische mitunter Dogmatik und Rechtspolitik. Zudem werde unter Privatautonomie regelmäßig (und nach Röthels Ansicht wohl zu Unrecht) „das Versprechen auf größtmögliche Selbstbestimmung des Einzelnen“ („Optimierungsgebot“) verstanden. Daraus erkläre sich, warum Privatrechtler zum Lamentieren neigten und die Privatautonomie ständig in der Krise sähen. Der als problematisch angesehenen zeitgenössischen Entwicklung würden zweifelhafte historische Gegenbilder von Blütezeiten der Privatautonomie gegenübergestellt („historische Gebrauchsargumente“). Debatten zur Privatautonomie würden mit einer Neigung zum Polarisieren geführt. Auf Privatautonomie berufe man sich vornehmlich, wenn Gestaltungsfreiheit zurückgenommen werde („Bestandsschutzdenken“). Weniger hervorgehoben oder vollends ignoriert würden demgegenüber die positiven Entwicklungen, die seit dem 19. Jahrhundert zu einer deutlichen Erweiterung von Freiheitsräumen geführt hätten. Zudem vereinnahme man für die Privatautonomie Regelungen, die ihren Grund eigentlich in anderen Erwägungen fänden, etwa dem Verkehrsinteresse oder einem Wertewandel. Als Quintessenz stellt Röthel fest, oft bestehe in den Debatten über Privatautonomie „ein Hang zur Rückwärtsgeneigtheit, zur Einseitigkeit und zum

1 A. RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtf Feuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht* (Tübingen 2017) 91 ff.

Polarisieren“. „Wir haben es mit einem Leuchtfeuer zu tun, das so hell strahlt, dass manches von dem Umliegenden in dunklen Mystizismus verfällt.“ Privatautonomie könne indes „mehr sein als ein bloßes Stichwort, eine vereinfachende Abkürzung oder ein aufgeregt geführter Kampfbegriff“. Dazu bedürfe es erneuter dogmatischer und systematischer Anstrengungen, bei denen der Begriff der Privatautonomie indes „vorsichtiger und bescheidener mitgeführt“ werden solle.

Wenn ich richtig sehe, richtet sich Röhthels Kritik und Mahnung nicht explizit an mich, obwohl auch ich bereits früher versucht habe, etwas zur systematischen und dogmatischen Bedeutung von Privatautonomie beizutragen. Ihrer Aufforderung zu erneuerter Anstrengung komme ich indes gern nach. Zuvor möchte ich indes der Kritik nachgehen, die, wenn nicht die gesamte Privatrechtswissenschaft, so doch eine große Zahl ihrer Vertreter betrifft.

II. PRIVATAUTONOMIE ALS PRINZIP

Dabei ist es hilfreich, sich zunächst über die Rechtsnatur der Privatautonomie zu vergewissern. Immerhin konstatiert Röthel – wohl kritisch – eine „untergründige Vorstellung, dass Privatautonomie das Versprechen auf *größtmögliche* Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben enthält“, Privatautonomie werde „unausgesprochen als Optimierungsgebot zugunsten privatrechtlicher Gestaltungsfreiheit verstanden“. ² Was hat es damit auf sich?

1. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien

Privatautonomie versteht man zumeist, wenn nicht sogar allgemein als ein Prinzip unserer Rechtsordnung, zumal der Privatrechtsordnung. Dem liegt die Unterscheidung von Normen in Regeln und Prinzipien zugrunde, die im deutschen Recht vor allem *Esser*³ und *Canaris*⁴ näher begründet und ausdifferenziert haben und die in der internationalen Rechtstheorie vor allem *Dworkin*⁵ fruchtbar gemacht hat. Regeln kennzeichnet die Gestaltung als Tatbestand und Rechtsfolge, sie haben eine „wenn-dann-Struktur“, so wie der Befehl, bei Rot zu halten, oder die Verpflichtung des Verkäufers, die Sache zu übergeben und zu übereignen. Prinzipien sind anders strukturiert. Aus ihnen kann man typischerweise nicht ohne weiteres eine Rechtsfolge

2 RÖTHEL (Fn. 1) 98 (Hervorhebung im Original).

3 J. ESSER, Grundsatz und Norm (4. Aufl., Tübingen 1990) 39 ff.

4 C.-W. CANARIS, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl., Berlin 1983) 52 ff.

5 R. DWORKIN, Taking Rights Seriously (Cambridge, Mass. 1978) 22 ff.

ableiten. Sie weisen „nur“ in eine Richtung. Ihnen kommt dabei ein mehr oder weniger großes Gewicht zu (*dimension of weight*).

2. Das „Konfliktverhalten“ von Prinzipien

Mit der wenn-dann-Struktur von Regeln geht ein alles-oder-nichts-Charakter einher. Man kann nur bei Rot halten oder nicht, aber man kann nicht bei Rot ein bisschen halten. Konfligieren daher Regeln, muss eine von ihnen den Vorrang haben. Man kann nicht gleichzeitig verpflichtet sein, bei Rot zu halten und weiterzufahren. Das Gebot, einem herannahenden Krankenwagen Platz zu machen, kann das Gebot, bei Rot zu halten, außer Kraft setzen.

Prinzipien, die, ähnlich Vektoren in der Geometrie, „nur“ in eine Richtung weisen, können nicht nur gleichzeitig mit anderen Prinzipien verwirklicht werden, das ist sogar der Normalfall. Sie haben einen mehr-oder-weniger Charakter,⁶ können also im Ausgleich mit anderen Prinzipien zu einem größeren oder geringeren Ausmaß verwirklicht sein. In den Worten von Canaris: „Prinzipien entfalten ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung.“⁷

3. Prinzipien und Optimierungsgebote

Wie verhalten sich nun Prinzipien zu den Optimierungsgeboten, von denen Röthel (kritisch) spricht? Soweit ich sehe, geht der Begriff in der deutschen Rechtswissenschaft auf Alexy zurück, der Grundrechte als Optimierungsgebote versteht.⁸ Dabei knüpft er nun gerade an Dworkins Unterscheidung von Regeln und Prinzipien an. Er sieht den für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidenden Punkt darin, „dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird“. „Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote“.⁹ Im Sinne dieser Unterscheidung versteht er Grundrechte als Prinzipien, die, wenn sie mit anderen Grundrechten in Widerstreit geraten, möglichst optimal auszugleichen sind.

Sowohl nach Alexys Grundrechtstheorie als auch in der Privatrechtstheorie kann man die als Ausfluss von Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG) und individueller Freiheit (Art.2 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützte und der

6 R. DWORKIN (Fn. 5) 22 ff., 71 ff.; K. F. RÖHL/H. C. RÖHL, Allgemeine Rechtslehre (3. Aufl., Köln 2008) 283 ff.

7 CANARIS (Fn. 4) 55.

8 R. ALEXY, Theorie der Grundrechte (3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996) 71 ff.

9 ALEXY (Fn. 8) 75 f.

Privatrechtsordnung zugrundeliegende Privatautonomie daher in der Tat als Optimierungsgebot bezeichnen.¹⁰

4. Die Bedeutung einzelner Prinzipien für die Dogmatik

Allerdings ist damit zunächst noch nicht viel gewonnen. Wenn nämlich Prinzipien ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Wechselspiel gegenseitiger Ergänzung und Beschränkung entfalten, dann ist die Auflistung von Prinzipien einer Rechtsordnung von äußerst geringer Aussagekraft. Entscheidend ist dann ja nicht, *dass* bestimmte Prinzipien in ihr wirken, sondern *inwieweit* und *in welchem Ausgleich mit anderen Prinzipien*. Sehen wir etwa auf die isolierten Prinzipien von Selbstbestimmung und Verkehrsschutz in der Rechtsgeschäftslehre, so sind diese Bestandteil des deutschen, österreichischen und japanischen Rechts, obwohl diese Rechtsordnungen keineswegs gleich sind.

Das ist freilich keine Neuigkeit, sondern weiß jeder, der von Prinzipien spricht. Besonders deutlich kommt das auf der berühmten Seite 1 von *Flumes* Lehrbuch zum Ausdruck, wenn er sagt:

„In den einzelnen Rechtsordnungen wird das Prinzip der Privatautonomie in verschiedenem Umfange verwirklicht. Auch in der geschichtlichen Entwicklung jeder Rechtsordnung hat der Grundsatz der Privatautonomie eine unterschiedliche Geltung. Es gibt keine Rechtsordnung ohne Privatautonomie. In einer sozialistischen Ordnung ist allerdings die Privatautonomie auf einen engen Raum beschränkt. Denn soweit es keine privaten Rechtsverhältnisse gibt, besteht auch keine Möglichkeit der einzelnen zur Rechtsgestaltung in Selbstbestimmung.“¹¹

Man darf wohl annehmen, dass für die von Röthel diskutierten Zivilrechtslehrer eine „sozialistische Ordnung“ das Feindbild schlechthin ist. Und doch hebt Flume hervor, dass auch dort das Prinzip der Privatautonomie gilt. Ihm wird nur eben entsprechend geringe Wirkkraft beigelegt.

III. DAS PRINZIP DER PRIVATAUTONOMIE

An ebendieser Illustration erweist sich auch, dass Privatautonomie nicht irgendein Prinzip der Rechtsordnung ist, sondern ein grundlegendes Prinzip. Das gilt zumal für die Zivilrechtsordnung.

10 So denn auch ganz selbstverständlich M. WOLF/J. NEUNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (11. Aufl., München 2016) § 10 Rn. 30. In der Sache ebenso z.B. BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

11 W. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft (4. Aufl., Berlin 1992) 1.

1. *Begriffsbestimmung*

„Privatautonomie nennt man“, nach der bekannten Formulierung Flumes, „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.“¹² In ähnlicher Weise definieren *Wolf / Neuner* Privatautonomie: „Unter Privatautonomie versteht man die Freiheit, Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen konstituieren und ausgestalten zu können, ohne die Präferenzen begründen zu müssen.“¹³ Und gleichsinnig sagt auch *Bork*, unter Privatautonomie versteht man „die Befugnis der Rechtssubjekte, ihre privatrechtlichen Angelegenheiten selbständig und eigenverantwortlich nach ihrem eigenen Willen zu gestalten“.¹⁴

2. *Angewiesenheit auf rechtliche Ausgestaltung*

Röthel kennt und zitiert diese und ähnliche Begriffsbestimmungen, ist aber enttäuscht, dass sich daraus „so recht viel ... noch nicht herleiten“ lasse. „Mit etwas Abstand betrachtet gibt es keine Entwicklung im Privatrecht, die nicht zugleich etwas über Privatautonomie aussagen würde, und wohl kaum eine Frage des Privatrechts, die man nicht zugleich als Frage nach Inhalt und Grenzen der Privatautonomie formulieren könnte.“ Von da aus, so meint sie, werde es „schwierig, weiter zu machen“. „Was kann der Rechtswissenschaftler sinnvoll zum Verständnis von Privatautonomie beitragen?“¹⁵ Ihre Enttäuschung und Resignation rühren daher, dass die Verfassung die Privatautonomie zwar anerkenne, aber auch die rechtliche Ausgestaltung voraussetze. Daher fehle der Maßstab für eine Bewertung. Da die Privatautonomie letztlich durch den Gesetzgeber definiert werde, gebe es ohne Gesetz keine Privatautonomie, daher auch keinen Maßstab.¹⁶

Damit blendet Röthel indes zunächst aus, dass es durchaus außerrechtliche Begriffe der Privatautonomie oder der Freiheit des Einzelnen gibt, namentlich philosophische und ökonomische Begriffe. Diese sind auch keineswegs „letztlich ohne Aussagekraft“,¹⁷ sondern im Gegenteil unentbehrliche Grundlage jedes positiven Verständnisses.

12 FLUME (Fn. 11) 1. Im Anschluss daran F. BYDLINSKI, *System und Prinzipien des Privatrechts* (Wien 1996) 147 ff.; D. MEDICUS/J. PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB* (11. Aufl., Heidelberg 2016) Rn. 174. Vgl. auch *Motive zum BGB Band I* (Berlin 1896) 154.

13 WOLF/NEUNER (Fn. 10) § 2 Rn. 14; s.a. § 10 Rn. 28.

14 R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (3. Aufl., Tübingen 2011) Rn. 99.

15 RÖTHEL (Fn. 1) 93.

16 Im Anschluss an FLUME (Fn. 11) § 1 10. a) (S. 17 ff.).

17 So RÖTHEL (Fn. 1) 93, im Hinblick auf die „vorrechtlichen Ursprünge von Autonomie und Bindung“.

Aber auch verfassungsrechtlich ist es keineswegs so, dass Privatautonomie bloße Verweisung an den Gesetzgeber wäre. Ebenso wie bei anderen normgeprägten Grundrechten, lässt sich auch bei der Privatautonomie zwischen Schutzbereich und Schrankenbereich unterscheiden. Würde man einen verfassungsautonomen Begriff von Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht anerkennen, wäre damit zugleich das Grundrecht als solches geleugnet. Ein Blick in Standardkommentare zu Art. 2 GG zeigt, dass Verfassungsrechtler keineswegs auf die Inhaltsbestimmung von Privatautonomie verzichten.¹⁸

Umstritten ist freilich, wie staatliche Maßnahmen, die bei normgeprägten Grundrechten als Ausgestaltung oder Eingriff gekennzeichnet werden können, zu beurteilen sind. Manche gehen weithin von Eingriffen aus und kommen so zu einer Verhältnismäßigkeitskontrolle.¹⁹ Nach anderer Ansicht bedürfen auch Ausgestaltungen der abwehrrechtlichen Rechtfertigung, soweit sie Eingriffscharakter haben; Ausgestaltung und Eingriff sind m.a.W. Überschneidungsbereiche.²⁰ Aber auch wenn man Ausgestaltung und Eingriff trennscharf unterscheidet, unterliegen Ausgestaltungen einer Kontrolle.²¹ Wenn das BVerfG, worauf Röthel hinweist, sagt, der Gesetzgeber müsse „der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen“,²² beschreibt es damit nur die äußersten Grenzen für die Ausgestaltung. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Freiheit des Einzelnen einen grundrechtlich garantierten Schutzbereich bedeutet und auch die hoheitliche Ausgestaltung der grundrechtlichen Kontrolle unterliegt.²³

18 Siehe nur T. MAUNZ et al., Grundgesetz-Kommentar (80. EL Juni 2017), Art. 2 GG Rn. 101 ff. Ferner J. ISENSEE, Nachwort – Privatautonomie: Freiheit zur Diskriminierung? – Verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (Berlin 2007) 249 ff.

19 ALEXY (Fn. 8) 300 ff. (Kriterium der Nichthemmung der Realisierung eines grundrechtlichen Prinzips); C.-W. CANARIS, JZ 1987, 993, 995; DERS., JZ 1988 494, 496.

20 M. CORNILS, Die Ausgestaltung der Grundrechte (Tübingen 2005) 165 ff.; DERS., Art. 9 GG, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Rn. 19 ff. Vgl. auch U. MAGER, Einrichtungsgarantien (Tübingen 2003) 224 ff.

21 M. RUFFERT, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (Tübingen 2001) 104 ff. (abgeschwächte Verhältnismäßigkeitsprüfung); M. GELLERMANN, Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande (Tübingen 2000) 131 ff. („normative Konstituierung“; „vollständig normgeprägtes Grundrecht“; Vertragsfreiheit als „Institutsgarantie“); ISENSEE (Fn. 18) 257 ff.

22 BVerfG, NJW 1994, 36, 38.

23 Siehe nur H. LANG, Art. 2 GG, in: Maunz et al., Grundgesetz-Kommentar (80. EL Juni 2017) Rn. 106 (m. umf. Nw. in Fn. 2): „Der grundrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie gilt damit auch für die nähere normative Ausgestaltung der Privatrechtsordnung. Insofern sind auch Gesetzgebungsakte und Ge-

3. *Privatautonomie als Konstituens des Privatrechts*

Im Zusammenhang der Diskussion von Privatautonomie als Optimierungsgebot verweist Röthel auf ein anderes Zitat Flumes: „Die Privatautonomie ist das selbstverständliche Grundprinzip einer jeden Zivilrechtsordnung, welche die Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch die einzelnen kennt, und Privatautonomie heißt Gestaltung der Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen.“²⁴ Damit ist nicht – wie Röthel anzunehmen scheint – eine Überhöhung der Privatautonomie ausgesprochen, sondern im Gegenteil, tatsächlich etwas Selbstverständliches. Die Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen ist der spezifische Gegenstand des Privatrechts. Eine Privatrechtsordnung ohne Privatautonomie, ohne die Möglichkeit des einzelnen, etwas zu gestalten, kann es nicht geben.

Im deutschen Recht kommt der Privatautonomie im Übrigen sowohl in der Zivilrechtsordnung als auch im Verfassungsrecht hervorgehobene Bedeutung zu. So lässt sich der Rechtsentwicklung des 19. Jahrhunderts, der Entstehung des BGB und dem Gesetzbuch in seiner heutigen Fassung ohne weiteres entnehmen, dass Privatautonomie das schlechthin grundlegende Prinzip ist.²⁵ Und die hervorragende grundrechtliche Bedeutung der Privatautonomie kommt in ihrer Verankerung in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG²⁶ zum Ausdruck: der Würde des Einzelnen und seiner Freiheit, zu tun und zu lassen, was er will.

4. *Antinomien der Privatautonomie zwischen formaler und materieller Freiheit*

Nicht zu verkennen ist freilich, dass Privatautonomie sowohl die formale wie die materiale Freiheit bedeuten kann. Das lässt sich, im Anschluss an

setzesinterpretationen auf der Ebene des Zivilrechts, gerade wenn sie darauf gerichtet sind, die Willensfreiheit im konkreten Einzelfall einzuschränken oder die Ergebnisse privater Willensfreiheit nachträglich zu korrigieren, an Art. 2 Abs. 1 GG in seiner Bedeutung als klassisches Abwehrrecht zu messen.“

24 W. FLUME, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: v. Caemmerer/Friesenhahn/Lange (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags (Karlsruhe 1960) 141. Ebenso grundlegend ist daneben nur das Prinzip der Selbstverantwortung, das Kehrseite der individuellen Freiheit ist; zu ihm nur die Beiträge in: RIESENHUBER (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung (Tübingen 2011).

25 Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass manches Instrument ursprünglich nicht mit Erwägungen der Freiheitserweiterung, sondern etwa mit solchen des Verkehrsschutzes begründet wurde; so aber RÖTHEL (Fn. 1) 107 ff.; dazu noch unten bei Fn. 58.

26 WOLF/NEUNER (Fn. 10) § 2 Rn. 14 und § 10 Rn. 29.

die Bürgschaftsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, besonders am Beispiel der Vertragsfreiheit illustrieren. Insoweit hat Canaris anhand einer Matrix von formaler und materialer Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit die Wechselbeziehungen aufgezeigt und Materialisierungstendenzen belegt.²⁷

Vertragsfreiheit ist im Grundsatz formal zu verstehen, nämlich als „rechtliche“, nicht „tatsächliche“ Freiheit, also unabhängig von den nach den sozialen, wirtschaftlichen und individuellen Verhältnissen bestehenden Chancen „sinnvoller“ Ausübung.²⁸ Das ist nicht nur ein historischer Ausgangspunkt, sondern Bestandteil der Freiheitsverbürgung. Jede Materialisierung ist unweigerlich eine Einschränkung der Selbstbestimmung. Der Grundsatz der materialen Vertragsfreiheit ist dem der formalen Vertragsfreiheit gegenläufig. Die Ausübung der Vertragsfreiheit setzt daher im Grundsatz nur wenige elementare Dinge voraus, vor allem Geschäftsfähigkeit (i.S. der Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden) und Freiheit von Täuschung und Drohung.²⁹ Den Grundgedanken hat Flume mit dem Zitat „*stat pro ratione voluntas*“ illustriert.³⁰ Der Wille der Parteien ist Grund und Rechtfertigung für die Bindung. Auf dieser Grundlage stellt sich die Frage der Vertragsgerechtigkeit nicht (und wäre sie auch nicht zu beantworten).

Freilich geht wohl jedes Vertragsrecht davon aus, dass auch eine rechtlich nur formal geforderte Vertragsfreiheit und nur formal gesicherte Vertragsgerechtigkeit praktisch auch material verwirklicht wird: dass also der einzelne von seiner Freiheit tatsächlich Gebrauch machen kann und diese Freiheitsbetätigung deswegen auch zu einem material „richtigen“ Ergebnis

27 C.-W. CANARIS, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000) 273 ff. Aus jüngerer Zeit etwa M. RÜPING, Der mündige Bürger – Leitbild der Privatrechtsordnung? (Berlin 2017) 26 ff.; K. SEDLMEIER, Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im Verbrauchervertrag (Tübingen 2012) 26 ff.

28 C.-W. CANARIS, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche (München 1993) 886 f.; DERS. (Fn. 27) 273, 286; S. LORENZ, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (München 1997) 24 ff.; F. RITTNER, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988) 101, 134.

29 Aufgrund eines „multidisziplinären und mehrdimensionalen Verständnisses menschlicher Selbstbestimmung“ anspruchsvoller C. BUMKE, Privatautonomie. Grundelement privatrechtlicher Ordnungsbildung im demokratischen Verfassungsstaat, in: ders./Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht (Tübingen 2017) 80 f.

30 FLUME (Fn. 11) § 1 5. (S. 6). Das Zitat ist aus Juvenal, 6. Satire, 23; dazu auch T. MAYER-MALY, Eckpunkte einer Privatrechtsphilosophie, in: Honsell (Hrsg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer (Basel 2004) 26.

führen kann und auch praktisch führt.³¹ Aufgrund des Vertragsmechanismus, der beiderseitige Zustimmung erfordert und jedem Teil in Wahrnehmung seiner Abschlussfreiheit auch das „Nein“ ermöglicht, ist in einer durch Kartell- und Wettbewerbsrecht geordneten Marktwirtschaft bei gehöriger Wahrnehmung der Selbstverantwortung die Annahme einer grundsätzlichen Richtigkeitschance begründet.³² Für einzelne Bereiche gehört aber darüber hinaus die materiale Vertragsfreiheit zu den Prinzipien des geltenden Rechts, punktuell auch die materiale Vertragsgerechtigkeit; beide schränken die formale Vertragsfreiheit ein.

5. *Prinzipiell schiere Freiheit und empirisch ausgeglichene Freiheit*

Nach unseren Vorüberlegungen zur Struktur des Prinzips und nach dieser Erörterung von Antinomien, die schon in dem Prinzip der Privatautonomie selbst angelegt sind, versteht sich, dass Privatautonomie nur für sich schiere Freiheit ist, empirisch – in den Privatrechtssystemen der Welt – indes nie in dieser Reinheit zum Tragen kommt. Jede Privatrechtsordnung kennt gegenläufige Prinzipien, mit denen das Prinzip der Privatautonomie in Konkordanz zu bringen ist. Die Regeln des Privatrechts lassen sich in ihrer Gesamtheit nie allein auf die Privatautonomie zurückführen. Wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für das Privatrechtssystem dürfte es aber kaum eine Regel geben, die nicht auch einen Bezug zur Privatautonomie hat.³³ Weil aber dem Prinzip der Privatautonomie in einer gegebenen (empirischen) Rechtsordnung mehr oder weniger großer Raum gegeben wird, ist es völlig sachgerecht, über Entwicklungen „nach Art eines ‘mehr‘ oder ‘weniger‘ nachzudenken“.³⁴

IV. ZUR BERUFUNG AUF DIE PRIVATAUTONOMIE IN DER RECHTSPOLITIK

Wenn Rötzel in ihrem Beitrag eine „Krisenstimmung“ kritisiert, die Verwendung „historischer Gebrauchsargumente“, „Polarisierungen“ und „Bestandsschutzdenken“, so deutet sie damit an, dass es ihr insbesondere um die Berufung auf die Privatautonomie in der Rechtspolitik geht. Ihre Aufzäh-

31 CANARIS (Fn. 28, FS Lerche) 886.

32 Grundlegend W. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941) 130 ff.; DERS., Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser (Tübingen 1974) 14 ff. („Richtigkeitsgewähr“); CANARIS (Fn. 28, FS Lerche) 882 f., 886; DERS., Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (München 1997) 48 ff.

33 So auch RÖTHEL (Fn. 1) 93 (freilich mit der oben, III.2., kritisierten Folgerung, deswegen ließe sich aus dem Prinzip nicht viel herleiten).

34 Kritisch aber RÖTHEL (Fn. 1) 106.

lung einer Fülle von „Krisenwarnungen“ soll, so verstehe ich Röthel, eine inflationäre Verwendung andeuten, wenn nicht eine gewisse Lächerlichkeit.³⁵ Das mag sich auch auf das Ergebnis der in Bezug genommenen rechtspolitischen Auseinandersetzungen beziehen. Denn die rechtspolitischen Kritiker sind unabhängig vom Ausgang weiterhin als Dogmatiker tätig, und um unsere Zivilrechtsordnung scheint es auch nicht schlecht bestellt. Was lässt sich zum „richtigen“ Gebrauch und zur „Widerlegung“ durch den Gesetzgeber sagen?

1. Zum „richtigen“ Gebrauch

Einen „richtigen“ Gebrauch der Berufung auf die Privatautonomie kann es in der rechtspolitischen Auseinandersetzung selbstverständlich nicht geben. Es geht um Strategie und Taktik. Mitunter kann man allerdings durchaus die Frage stellen, ob nicht „mit Kanonen auf Spatzen“ geschossen werde. Nicht jede kleine Änderung berührt den Kern der Privatautonomie. Und Juristen überzeugt eine differenzierte Analyse oft mehr als das plakative Wort. Jedoch ist nicht zu rügen, wenn dem anderen „jedes Mittel recht“ ist und für ihn „nur das Ergebnis zählt“. Wenn die Berufung auf die Privatautonomie aus seiner Sicht dazu beiträgt, ist das anzuerkennen.

2. Die Bedeutung einer Berufung auf „die Privatautonomie“

Was es bedeutet, wenn sich ein Autor in der rechtspolitischen Auseinandersetzung auf „die Privatautonomie“ oder deren Ende beruft, ist eine Auslegungsfrage, auf die es keine allgemeine Antwort gibt. Wir gehen von wissenschaftlichen Autoren und Lesern aus.

Selbstverständlich sollte zunächst sein, dass der Titel eines Beitrags allein nur wenig aussagekräftig ist. Zum einen gilt der allgemeine Grundsatz, dass eine Erklärung stets als Ganzes zu würdigen ist. Zum anderen gibt es in der deutschen juristischen Literatur in den letzten Jahrzehnten einen – oft erfrischenden – Trend zur aufmerksamkeitsheischenden Kurzformel. (Das weiß gerade auch Röthel.)

Nach unseren Vorüberlegungen zur Privatautonomie als Prinzip (oben, II.) und zu der zitierten Einsicht Flumes zur Privatautonomie in der sozialistischen Ordnung (oben, II.4.) sollte zudem klar sein, dass in unseren rechtspolitischen Diskussionen nie die Privatautonomie als solche zur Disposition gestellt ist, nicht nur von Verfassung wegen, sondern faktisch. Es geht etwa bei Informationspflichten, Widerrufsrechten, AGB-Kontrolle oder Diskri-

35 Andere heben freilich umgekehrt hervor, dass die Öffentlichkeit, Politik und Zivilrechtslehre allzu gleichmütig und gelassen auf Eingriffe wie das Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz reagiert habe; ISENSEE (Fn. 18) 242.

minierungsverboten nicht darum, ob Privatautonomie Prinzip unserer Privatrechtsordnung bleibt oder nicht, sondern um ihr relatives Gewicht im Verhältnis zu gegenläufigen Prinzipien.

Wenn daher „die Privatautonomie“ auf dem Spiel gesehen wird, dann ist damit erkennbar gemeint, dass es um einen für das Prinzip besonders wichtigen Aspekt geht.

3. Zur Relativierung durch historische und ausländische Beispiele

Oftmals weisen historische und ausländische Vorbilder darauf hin, dass eine geplante Neuregelung keineswegs fatale Folgen hat. Das gilt zumal dann, wenn in der EU nationale Regeln nach dem Modell eines Mitgliedstaats angeglichen werden sollen. Strebt die Union eine Vereinheitlichung unterschiedlicher Standards der Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen an, kann die Einsicht zur Zurückhaltung mahnen, dass die nordischen Länder ungeachtet weitergehender Inhaltskontrolle³⁶ eine funktionierende Privatrechtsordnungen haben, die ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen scheint.

Freilich ist das Argument mit historischen und ausländischen Beispielen unsicher und zweiseitig. Gerade die Rechtsvergleichung begründet Zweifel, inwieweit *legal transplants* möglich sind.³⁷ Was in Schweden funktioniert, muss in Deutschland noch lange nicht funktionieren. Dass man im Übrigen woanders mit den umstrittenen Regeln „auch leben“ (und wirtschaften) kann, heißt nicht, dass dies das beste Leben (oder Wirtschaften) wäre oder wir diese Frage für uns ebenso befürworten müssten.

4. Die spezifische Stärke des Prinzipienarguments

Eine besondere Stärke des Prinzipienarguments liegt in der rechtspolitischen Diskussion darin, dass Prinzipien für die Rechtsordnung nicht nur punktuelle, sondern systematische Bedeutung haben. Kritisiert man eine Regel unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie, so hebt man eben ihre *prinzipielle* Bedeutung hervor und bezieht sich aufs Ganze.³⁸ Das Prinzipienargument hat im Übrigen dort besondere Berechtigung, wo man entweder

36 F. DENKINGER, Allgemeine Geschäftsbedingungen und ihre rechtliche Bewältigung – Quo vadis, Europa? (Baden-Baden 2003) 39 ff.; J. N. EBERSOHL, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in der schwedischen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte (Göttingen 2003).

37 Siehe nur grundlegend A. WATSON, *Legal Transplants* (2. Aufl., Athens, Ga. 1993); G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, *Modern Law Review* 61 (1998) 11 ff.; P. LEGRAND, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997) 111 ff.; jüngst E. A. KRAMER, *Hauptprobleme der Rechtsrezeption*, *JZ* 2017, 1, 10.

einen Eingriff in den Kernbereich oder einen Dambruch (*slippery slope*) besorgt. Prinzipielle Kritik weist zudem auf mögliche Zukunftsfolgen hin. *Zöllner* hebt das in Diskussion von Widerrufsrechten in schöner Weise hervor:

„Der Gesetzgeber hat mit diesen beiden Gesetzen [sc. HWiG und VerbrKrG] eine Breche in das klassische Vertragsrecht geschlagen, die sich rasch verbreitern wird. Rechtsentwicklungen aufgrund solcher neuer Figuren verlaufen immer so, dass zunächst relativ eng ausgelegt und anstelle der Analogie das *argumentum e contrario* präsentiert wird. Allmählich erweitert sich die Auslegung und schließlich folgt die Analogie.“³⁹

Prinzipielle Kritik bedeutet der Natur des Rechtsprinzips nach gerade ein Zu-Ende-denken einer Regelung und Entwicklung. Das kann im Einzelfall übertrieben wirken, hat aber grundsätzlich seine gute Berechtigung.

5. Zur „Widerlegung“ von rechtspolitischen Argumenten durch den Gesetzgeber

Die lange Liste von Sorgen über die Bedrohung der Privatautonomie („Abschied“, „Totenglocke“, „Was bleibt übrig“), die Röthel unter der Überschrift „Krisenstimmung“ aufstellt,⁴⁰ bezieht ihre rhetorische Wirkung gerade auch daraus, dass der Leser von heute weiß, dass die Wirtschaft auch unter Geltung des heutigen Rechts – mit seinen Informationspflichten, Widerrufsrechten, der AGB-Kontrolle, der grundrechtsindizierten Inhaltskontrolle, Diskriminierungsverboten usw. – nicht zusammengebrochen ist und die einstigen Kritiker sich keineswegs resigniert von der Dogmatik abgewandt haben.

Sieht man die Aufgabe von Rechtswissenschaft darin, sowohl das geltende Recht zu ergründen (Dogmatik) als auch die Weiterentwicklung des Rechts vorzubereiten und zu begleiten (Rechtspolitik),⁴¹ so geraten ihre Vertreter immer wieder in einen potentiell persönlichkeitsstörenden Zwiespalt. Kritisieren sie eine Entwicklung vom Standpunkt des geltenden Rechts, so kann der Gesetzgeber nicht nur der Kritik schon morgen die Grundlage entziehen. Er „zwingt“ den Kritiker als Dogmatiker, das gestern

38 K. RIESENHUBER, ‚Normative Dogmatik‘ des Europäischen Privatrechts, in: Auer et al. (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris (Berlin 2017) 188.

39 W. ZÖLLNER, Die Bürgschaft des Nichtuntersnehmers, *WM* 2000, 1, 3 f.

40 Zu diesen und weiteren Zitaten, s. die Nachweise bei RÖTHEL (Fn. 1) 98 f.

41 So nachdrücklich C.-W. CANARIS, *Theorienrezeption und Theorienstruktur*, in: Leser (Hrsg.), *Wege zum japanischen Recht*. Festschrift für Zentaro Kitagawa (Berlin 1992) 75; K. SCHMIDT, *Zivilistische Rechtsfiguren zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*. Exemplarisches zum Programm der Ringvorlesung, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (Berlin 1990) 9 ff.

noch Kritisierte heute in seine Dogmatik einzubauen. Als Positivist ist der Dogmatiker gebunden, dem neuen Recht Rechnung zu tragen und seine systematische Bedeutung zu erhellen. Diese Wandlung vom Saulus zum Paulus folgt nicht Erleuchtung oder innerer Überzeugung, sondern mit Macht festgesetzten äußeren Vorgaben. So sind scharfe Kritiker der Schuldrechtsmodernisierung nach 2002 zu führenden Kommentatoren geworden,⁴² Kritiker der Diskriminierungsverbote zu AGG-Kommentatoren⁴³. Dem Rechtslehrer, Wirtschaftsberater oder Richter bleibt auch nichts Anderes übrig: Lehrbücher, die rückwärtsgerichtet erläutern, wie die Rechtslage früher war, oder auch nur, wie sich das „neue“ Recht zum „alten“ verhält, sind aus guten Gründen unbeliebt. Studenten und die Wirtschaftspraxis interessieren sich nicht für Nostalgie, sondern dafür, wie man mit dem geltenden Recht Klausuren besteht oder Geschäfte abwickelt.

Wer die rechtspolitische Diskussion für sich entschieden hat, darf sich darüber durchaus freuen. Grund zur Häme für den Gegner hat er indes nicht. *Bismarck* wird das Dictum, *stat pro ratione numeris*, zugeschrieben, und in diesem Sinne kann man – auch ohne Demokratiekritik – sagen, der gesetzgeberischen Entscheidung kommt nur in diesem beschränkten Sinne eine „Richtigkeitsgewähr“ zu. Daher beweist das neue Recht nicht, dass die Argumente vom Boden des „alten“ geltenden Rechts „falsch“ gewesen wären. Wenn der frühere Kritiker eine neue Dogmatik auf dem Boden des „neuen“ Rechts entwickelt, ist das kein Eingeständnis, die Kritik sei verfehlt gewesen. Der Umstand, dass der vormalige rechtspolitische Kritiker sich an der Dogmatik des neuen Rechts beteiligt, bedeutet nicht einmal, dass er seine Kritik fallen ließe.

Dass im Übrigen das Abendland nicht untergegangen ist, ist zwar ein in der (rechts-) politischen Diskussion gebräuchliches, aber doch verfehltes Argument. Selbstverständlich ist das Prinzip der Privatautonomie noch Bestandteil unserer Privatrechtsordnung, indes eben mit anderem Gewicht. Dass die Welt sich noch dreht, beweist nicht, dass das heutige Privatrecht besser wäre als das frühere oder als ein anderes, von den Kritikern befürwortetes.

42 Siehe z.B. W. ERNST, §§ 275, 280, 281–284, 286–304, 311a BGB, in: Münchener Kommentar BGB (7. Aufl. 2016).

43 Siehe z.B. K. ADOMEIT/J. MOHR, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2. Aufl., Stuttgart 2011); D.W. BELLING/K. RIESENHUBER, §§ 2, 6–18, 24 AGG, in: Grunewald/Maier-Reimer/Westermann (Hrsg.), Erman BGB Kommentar (15. Aufl. 2017).

V. BEWERTUNG EINZELNER ENTWICKLUNGEN

Allerdings ist die Gefahr verklärender Rückschau sicher nicht von der Hand zu weisen. Sie steigt tendenziell, je größer die thematischen und zeitlichen Zusammenhänge sind, die man in den Blick nimmt. Zumal im Vergleich mit dem antiken römischen Recht oder auch mit dem 19. Jahrhundert können leicht fundamentale gesellschaftliche und rechtliche Zusammenhänge aus dem Blick geraten.⁴⁴ Wenn Bürgerliches Recht auf eine verhältnismäßig kleine Gruppe der Bürger beschränkt ist, ist es nicht einmal mit der formalen Vertragsfreiheit weit her. Und wenn Massen der Bürger verelendet sind, dann haben, nach einem bekannten Wort *Anatole Frances*, alle die gleiche Freiheit, unter der Brücke zu schlafen, fehlt es m.a.W. vielen an einer materialen Freiheit.

Nehmen wir die Entwicklungen der letzten rund 50 Jahre in den Blick, die wir einigermaßen sicher beurteilen können, so hat sich die Diskussion um die Privatautonomie vor allem an zwei Themen entzündet, Verbraucherschutz und Diskriminierungsverbote.

1. Verbraucherschutz

a) Entwicklung des Verbraucherschutzes in Deutschland

Zivilrechtlicher Verbraucherschutz entwickelte sich in Deutschland seit den 1970er Jahren, wobei erst ab den 1980er Jahren ein Schutz spezifisch des Verbrauchers im Vordergrund stand. Schon das ist Ausdruck einer Rechts-tradition, die in besonderem Maße der Privatautonomie verpflichtet ist und den Blick daher, etwa mit dem AGB-Recht, nicht auf einzelne Gruppen, sondern auf Sachfragen richtete.

Erst in den 1980er Jahren setzte, vor allem veranlasst durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, die vertragsrechtliche Verbraucherschutzgesetzgebung ein. Im Umgang mit dem zunehmenden Regelungsbestand kann man wiederum sehen, wie sich Gesetzgebung und Privatrechtswissenschaft dem Prinzip der Privatautonomie verpflichtet fühlte. Der Gesetzgeber scheute sich über lange Zeit, Verbraucherschutz im BGB zu verorten, und die Rechtswissenschaft hat die neuen Regeln lange Zeit als Anomalie ausgeblendet. Das ist der Rechtswissenschaft denn auch keineswegs vorzuwerfen. Solange es nur ein Haustürgeschäfte-Widerrufsrecht gab, war nur folgerichtig, darin eine – möglicherweise systemwidrige – Besonderheit zu sehen und sie auch methodisch zu isolieren.⁴⁵ Zumal in dieser Zeit kann

44 Zum römischen Recht als „Kronzeuge für eine strikt formell verstandene Privatautonomie“ auch C. BALDUS/F. VOGEL, „Kompetitives Vertragsrecht“: ein Harmonisierungsmodell?, GPR 2007, 158, 165.

45 Zur Methode CANARIS (Fn. 4) 116 ff.

man im Übrigen durchaus als Aufgabe der Privatrechtswissenschaft ansehen, mit der dogmatischen Besonderheit auch die rechtspolitische Bedenklichkeit zu artikulieren.⁴⁶ Sind auch Dogmatik und Rechtspolitik strikt zu trennen, so hat doch gute Rechtsdogmatik, nach einem Diktum Canaris', die rechtspolitische Seite stets mit im Blick.⁴⁷

b) Dogmatische Integration

Erst die allmähliche Etablierung eines Grundbestands an Verbraucherschutzvorschriften hat die dogmatische Integration ermöglicht, die dann auch nicht auf sich warten ließ. Die Schutzbedürfnisse bleiben indes in Einzelheiten umstritten.

Gerade im Hinblick auf die Privatautonomie hat die Diskussion unser Verständnis für die neuen Schutzinstrumente geschärft. So hat man sie insbesondere als Bestandteil eines Informationsmodells identifiziert, das dazu dient, dem Verbraucher eine eigenverantwortliche Entscheidung zu ermöglichen.⁴⁸ Zweifellos schränken Informationspflichten und Widerrufsrechte die Privatautonomie von Unternehmer und Verbraucher ein. Sie erleichtern den Verbraucher indes nicht völlig um seine Selbstverantwortung. Ist seine Zustimmung zum Vertrag auch noch nicht letztverbindlich, so macht doch seine Nicht-Ausübung des Widerrufsrechts den Vertrag perfekt. Dementsprechend wird heute der prozedurale Charakter des Schutzinstrumentariums hervorgehoben.⁴⁹

c) Rechtspolitische und rechtsdogmatische Bedeutung der Kritik vom Standpunkt der Privatautonomie

War deswegen die Kritik am Verbraucherschutzrecht vom Boden der Privatautonomie verfehlt? Das kann man nicht sagen. Zum einen hat die Diskussion zum besseren Verständnis des neuen Rechts beigetragen. Zum anderen dürfte sie dazu beigetragen haben, Hypertrophien zu verhindern.

46 Gegen RÖTHEL (Fn. 1) 98, wenn sie kritisch formuliert, man werde „sich eingestehen müssen, dass in vielen Entwürfen die Übergänge zwischen dogmatischer Rekonstruktion und politischer Rechtskritik fließend sind“.

47 CANARIS (Fn. 41) 75.

48 Siehe nur S. GRUNDMANN, Privatautonomie im Binnenmarkt: Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1133 ff.

49 CANARIS (Fn. 27) 273, 344 f.; J. D. HARKE, Allgemeines Schuldrecht (Berlin 2010) § 6 Rn. 82 ff.; RIESENHUBER (Fn. 51) 561 ff. Kritisch T. FINKENAUER, Vertragsreue und Vertragsreue, in: Stumpf/Kainer/Baldus (Hrsg.), Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht. Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff (Baden-Baden 2015) 146 ff. (der freilich den Unterschied zwischen Prinzip und Regel verkennt).

So hat in der Hoch-Zeit der Verbraucherschutzgesetzgebung *Micklitz* vorgeschlagen, das Vertragsrecht entwickle sich hin zu einem neuen Vertragsmodell, das er als „kompetitives Vertragsrecht“ bezeichnet hat.⁵⁰ In einer Verallgemeinerung der Widerrufsrechte nahm er an, im künftigen Vertragsrecht gelte *pacta sunt servanda* nicht mehr. Statt dessen werde der Wettbewerb über den Vertragsschluss hinaus verlängert (daher „kompetitives“ Vertragsrecht), und zwar indem man einem Teil nachträglich den „Ausstieg“ ermögliche (Widerrufsrecht). Das hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Denn mit der Vertragsbindung hätte man den Vertrag insgesamt angegriffen.⁵¹

Pläne der Kommission, die Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen auf Individualverträge auszudehnen, haben zu einer heftigen rechtspolitischen Kontroverse geführt. Hier haben insbesondere *Ulmer* und *Brandner*⁵² sowie *Canaris*⁵³ interveniert und auf die fundamentale Bedeutung der Vertragsfreiheit hingewiesen. *Canaris* hat seine Kritik dadurch unterstrichen, dass er die Inhaltsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie in den Zusammenhang mit der Privatrechtsgesellschaft⁵⁴ gestellt hat. Auch wenn Kausalitäten in der rechtspolitischen Diskussion schwer zu begründen sind und es keine Monokausalität gibt, ist doch die Annahme berechtigt, dass gerade eine prinzipienorientierte Kritik wie die von *Canaris* eine überbordende Inhaltskontrolle verhindert hat. Sie drückt auch in der Europäischen Union aus, dass eine Regelung (jedenfalls) *für unser nationales Rechtssystem* besondere Bedeutung hat.

d) Andauernde rechtspolitische Diskussion

Mit einem Gesetzgebungsakt ist die rechtspolitische Diskussion zudem stets nur vorläufig beendet. Die Verbraucherrechterichtlinie hat in Europa und in Deutschland neben einigen kleineren Neuerungen insbesondere auch eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von Widerrufsrechten gebracht, von Haustürgeschäften zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen

50 H.-W. MICKLITZ, Perspektiven eines Europäischen Privatrechts. *Ius commune praeter legem?*, ZEuP 1998, 253 ff.

51 CANARIS (Fn. 27) 273, 344 f.; K. RIESENHUBER, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (Berlin 2003) 579 ff.; DERS., A ‘Competitive Contract Law’?, in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), *Varieties of European Economic Law and Regulation* (Cham 2014) 105 ff.

52 H. E. BRANDNER/P. ULMER, EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Kritische Bemerkungen zum Vorschlag der EG-Kommission, BB 1991, 701 ff.

53 CANARIS (Fn. 28) 873 ff.

54 Dazu RIESENHUBER (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft* (Tübingen 2007).

Verträgen.⁵⁵ Damit ist die sachliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Vertragsfreiheit jedenfalls verändert. Es zeigt sich eine Tendenz zur Ausweitung des Anwendungsbereichs, vor der schon Zöllner (oben, IV.4. mit Fn. 39) gewarnt hatte und die nicht unbedenklich erscheint. Die Vorzeichen sind damit für Verbraucherverträge praktisch umgekehrt: Konnten Verbraucher früher jeden Vertrag nach allgemeinen Regeln schließen, mit Ausnahme von Haustürverträgen und (später) Fernabsatzverträgen, ist es jetzt so, dass ihre Abschlussfreiheit nur noch im Ladenlokal uneingeschränkt anerkannt ist. Diese Entwicklung deutet darauf hin, dass selbst diese „letzte Bastion“ in absehbarer Zukunft fallen könnte. Sie erscheint im Hinblick auf die Privatautonomie als bedenklich. Die sachliche Rechtfertigung für den Eingriff wird zunehmend zweifelhaft.

Eine andere Entwicklung, die es zu beachten gilt, ist die jüngere verhaltensökonomische und empirische Forschung zur Effektivität von (insbesondere verbraucherschützenden) Informationspflichten.⁵⁶ Sie begründet Zweifel, ob Information tatsächlich zur Informiertheit und zu informierten Entscheidungen führt. Daraus könnten sich weitreichende rechtspolitische Folgerungen geben. Macht das eine verstärkte Inhaltskontrolle, mehr zwingende Regeln oder sonstige staatliche Intervention erforderlich? Solche Änderungen würden die formale Vertragsfreiheit weiter zugunsten einer materialen Vertragsgerechtigkeit einschränken. Das bedarf der Diskussion – gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie und der Folgen für die Privatrechtsgesellschaft.

2. Diskriminierungsverbote

a) Entwicklung der Diskriminierungsverbote in Europa

Das zweite große Themenfeld, in dem die prinzipielle Bedeutung für die Privatautonomie nachdrücklich hervorgehoben wurde, sind die privatrechtlichen Diskriminierungsverbote. Im Arbeitsleben waren Diskriminierungsverbote in Europa bereits seit den 1970er Jahren anerkannt, zum einen durch die vom EuGH begründete Drittwirkung des heutigen Art.157 AEUV^{57,58}, dann aber auch machtvoll durch die europäische Gesetzge-

55 Zur Verbraucherrechterichtlinie nur S. GRUNDMANN, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53 ff.

56 O. BEN-SHAHAR/C. SCHNEIDER, More than you wanted to know – The failure of mandated disclosure (Princeton 2014).

57 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 326/47 vom 26.10.2012.

58 Dazu nur K. RIESENHUBER, Europäisches Arbeitsrecht (Heidelberg 2009) §§ 8, 9 m. w. N.

bung.⁵⁹ Die Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf das allgemeine Vertragsrecht erfolgte zunächst einigermaßen versteckt und weit hin unbemerkt durch die Rassendiskriminierungsrichtlinie 2000/43. Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78 aus demselben Jahr findet wohlgernekt im allgemeinen Vertragsrecht („Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“) keine Anwendung. Mit der Rassendiskriminierungsrichtlinie dürfte in der Tat der Damm bereits gebrochen gewesen sein. Die Geschlechtsdiskriminierungsrichtlinie 2004/113 führte das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung in das allgemeine Vertragsrecht ein.

b) *Dogmatische Integration*

Anders als der zivilrechtliche Verbraucherschutz sind die Diskriminierungsverbote erst allmählich auf dem Weg zur dogmatischen Integration. Hier zeigt sich aber besonders deutlich, dass die eingehende rechtspolitische Diskussion der Fragen vor Verabschiedung des AGG⁶⁰ wichtiger Wegbereiter für das künftige Verständnis war. Daran anknüpfend wird überwiegend eine Einordnung der Diskriminierungsverbote auf dem Boden des hergebrachten Privatrechtssystems und der Privatautonomie gesucht.⁶¹ Ein grundlegend gegenläufiger Ansatz unternimmt schon auf Prinzipienebene, Freiheit und Gleichheit in einem „Prinzip der personalen Gleichheit“ aufzuheben.⁶²

Ein wichtiger Schlüssel zum Verständnis der Diskriminierungsverbote ist ihr beschränkter Anwendungsbereich. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet keineswegs jede Diskriminierung. Es bindet nur den Anbieter von Gütern und Dienstleistungen, und auch nur von solchen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/113, § 19 AGG). Der Mieter darf eine Wohnung durchaus ablehnen, weil ihm in dem Haus zu viele Deutsche oder zu viele Türken wohnen. Der Kunde kann einen weiblichen Dienstleister bevorzugen. Beschränkt man das Verbot auf Angebote von „Massengeschäften“ (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG), so ist die Unterscheidung nach Rasse oder wegen der ethnischen Her-

59 Näher K. RIESENHUBER, EU-Vertragsrecht (Tübingen 2013) § 6 Rn. 1 ff.

60 Exemplarisch T. LOBINGER, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote. Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (Berlin 2007) 99 ff.; J. NEUNER, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57 ff.; E. PICKER, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung (Karlsruhe 2005) 7 ff.; K. RIESENHUBER/J. U. FRANCK, Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529 ff.

61 T. LOBINGER, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016) 28, 80 ff.

62 M. GRÜNBERGER, Personale Gleichheit (Baden-Baden 2013).

kunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität schon eine Integritätsverletzung.⁶³

c) *Rechtspolitische und rechtsdogmatische Bedeutung der Kritik vom Standpunkt der Privatautonomie*

Die rechtspolitische Diskussion war gerade in diesem Bereich besonders heftig.⁶⁴ Privatautonomie ist gerade auch die „Freiheit zu diskriminieren“.⁶⁵ Deutlich formuliert das Neuner (der Diskriminierungsverbote freilich keineswegs – und schon gar nicht pauschal – ablehnt):

„Unter Privatautonomie ist die Kompetenz zu verstehen, Privatrechtsverhältnisse zu begründen und diese nach eigenem Willen zu gestalten. Das zentrale Moment dieser Freiheit liegt darin, dass niemand zu einer Rechtfertigung seines rechtsgeschäftlichen Verhaltens verpflichtet ist und deshalb sogar den Zufall darüber entscheiden lassen kann, wer Vertragspartner oder Erbe werden soll. Die Kehrseite von Privatautonomie bedeutet demnach Diskriminierung, nämlich eine Benachteiligung jener, die nicht oder nur zu schlechteren Konditionen kontrahieren können. Jedenfalls formal betrachtet ist diese Folge indes nicht unbillig, weil und sofern Dritte ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen ebenfalls selbstbestimmt zu definieren vermögen. Man kann die Kehrseite von Privatautonomie deshalb auch Selbstverantwortung nennen. Abstrahiert man die Blickrichtung vom Individuum auf die gesamtwirtschaftliche Ebene, bildet die Privatautonomie die Voraussetzung für Markt und Wettbewerb, Pluralismus und Vielfalt. Der Preis einer solchen freiheitlichen Wirtschaftsordnung sind systemimmanente Diskriminierungen.“⁶⁶

Diskriminierungsverbote greifen in diese Freiheit ein und bedürfen daher der Rechtfertigung. Sie kann durchaus gegeben werden, man kann indes rechtspolitisch auch mit guten Gründen darüber streiten. Diskriminierungsverbote bedeuten eine Motivationskontrolle, die es im Zivilrecht sonst aus guten Gründen nur höchst eingeschränkt gibt. Gerade in der Begründungsfreiheit des Handelns – die man ebenfalls mit *stat pro ratione voluntas* illustrieren kann –⁶⁷ liegt ein Kern der Privatautonomie. Und der Eingriff wiegt umso schwerer, als er – teleologisch durchaus verständlich – von einer Beweislastumkehr sowie behördlicher Überwachung begleitet ist.

63 LOBINGER (Fn. 61) 28, 84 ff.; K. RIESENHUBER, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote – Grundlagen im deutschen Recht und europäische Regulierung, in: ders./Nishitani (Hrsg.), Wandlungen der Privatautonomie (Berlin 2007) 19 ff.

64 Vgl. die Nachweise in Fn. 60.

65 ISENSEE (Fn. 18) 249 f.

66 NEUNER (Fn. 60) 57, 59.

67 Diesen Hinweis verdanke ich *Peter A. Windel*, der darauf aufmerksam macht, dass *ratio* ursprünglich Rechnung, Rechnungslegung, Rechenschaft bedeutet.

d) *Andauernde rechtspolitische Diskussion*

Die dogmatische Verortung der Diskriminierungsverbote, ihre prinzipielle Bedeutung im Verhältnis zur Privatautonomie, ist auch deswegen von Bedeutung, weil auch hier die rechtspolitische Diskussion anhält. Eine Tendenz zur Ausweitung des Anwendungsbereichs – die in Deutschland schon teilweise vollzogen ist –, ist auch auf europäischer Ebene nicht zu verkennen.

3. *Gegengewicht in der Entwicklung des allgemeinen Privatrechts?*

Privatautonomie war nicht nur wegen einer Neigung deutscher Privatrechtler zum Lamentieren in jüngerer Zeit häufig Gegenstand der rechtspolitischen Diskussion, sondern wegen der außerordentlich starken Aktivität des (europäischen) Gesetzgebers. Kann man, wie Röhthel vorschlägt, in der allgemeinen Zivilrechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert ein Gegengewicht sehen?

Richtig ist sicher, dass man in historischer Perspektive die Erweiterung der Privatautonomie mit berücksichtigen muss.⁶⁸ Insbesondere ist der Vertrag heute weitgehend von Formalismus befreit.⁶⁹ Die Hindernisse, die man im 19. Jahrhundert noch gegen die Abtretung, die Vertragsübertragung oder den Vertrag zugunsten Dritter diskutierte,⁷⁰ spielen seit dem Inkrafttreten des BGB keine Rolle mehr. Freilich steht ein Rückschritt, soweit ich sehe, auch nicht zur Diskussion. Wer daher aktuelle Rechtsentwicklungen erörtert, für den ist der *status quo* legitimerweise der „natürliche“ Ausgangspunkt.⁷¹ Ebenso sind übrigens, um Röhthels Überblick zu ergänzen, heute manche *Einschränkungen* der Privatautonomie heute völlig selbstverständlich. Soweit ersichtlich wird etwa das Kartellverbot, das noch bis ins 20. Jahrhundert als mit der Vertragsfreiheit unvereinbar angesehen wurde, nicht in Frage gestellt. Auch das wird bei heutigen Diskussionen vorausgesetzt.

Ein Gegengewicht zu den heute umstrittenen Einschränkungen der Vertragsfreiheit können die historisch gewonnenen Erweiterungen aber auch deshalb nicht darstellen, weil beide Entwicklungen inkommensurabel sind. Die Anerkennung formloser Verträge oder des Vertrags zugunsten Dritter war für lange Zeit „undenkbar“, erst nach und nach brach sich die Vorstel-

68 Ergänzend zu der im nachfolgenden Text erörterten rechtlichen Erweiterung der Freiheit des Einzelnen ist die tatsächliche Erweiterung zu erwähnen, die die Marktwirtschaft ermöglicht hat.

69 Zur Entwicklung nur R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* (Cape Town 1990) 508 ff.

70 Beispiele von RÖTHEL (Fn. 1) 103 ff.

71 Das findet auch in der grundrechtstheoretischen Sicht eine Stütze, s. etwa RUFFERT (Fn. 21) 115 f.

lung Bahn. Konnte man diese Instrumente nicht „denken“, so konnte man sie auch nicht als Einschränkung der Privatautonomie erkennen. Erst recht waren sie dazu nicht gedacht. Als man den Durchbruch indes einmal vollzogen hatte, war es selbstverständlich, die Instrumente als Bestandteil der Privatautonomie zu erkennen und sie allseits zu öffnen. Gegen diese Einordnung lässt sich denn auch nicht einwenden, dass für die Anerkennung historisch andere Gründe (mit-) entscheidend waren.⁷² Der Gesetzgeber erlässt Regeln, aber keine Dogmatik, und daher ist es selbstverständlich, dass man die Regeln nachfolgend anders verstehen und verorten kann.

VI. PRIVATAUTONOMIE OHNE IRRATIONALE SCHWÄRMEREI

Den Befund von Röthel teile ich, wie deutlich geworden ist, nur eingeschränkt. Einen „Hang zur Rückwärtsgeneigtheit, zur Einseitigkeit und zum Polarisieren“ kann ich nicht erkennen. Im Gegenteil erörtert die deutsche Privatrechtswissenschaft nach meinem Dafürhalten die Sachfragen der Privatautonomie ebenso nüchtern wie differenziert. Hervorragende Beispiele sind gerade die – hier öfter zitierten – Beiträge von Canaris über „Tendenzen zur Materialisierung“ und über die Privatrechtsgesellschaft, ebenso wie etwa die Beiträge von *Lobinger*, *Picker* zum Antidiskriminierungsrecht, *Zöllner* zum Verbraucherrecht und anderen. Wenn sie ein kräftiges Wort führen, wenn sie die Dinge auch einmal rhetorisch zuspitzen, ist das aus meiner Sicht ausgesprochen wohltuend. Nicht zuletzt sind gerade die Beiträge der Genannten klar und unzweideutig und dadurch offen für eine – gerade auch kritische – Auseinandersetzung.

Als Sohn eines Kapitäns auf großer Fahrt und Seelotsen ist mir das von Röthel gewählte Bild eines Leuchtturms oder auch das auf *Mestmäcker* zurückgeführte Bild des Fixsterns⁷³ besonders sympathisch. Beide Bilder sollen illustrieren, dass Privatautonomie der zentrale Orientierungspunkt des Privatrechts ist. Freilich sind die Grenzen der Illustration schnell erreicht. Leuchttürme gibt es bekanntlich viele, und sie dienen auch der Warnung vor Gefahren. Und auch Fixsterne haben, wie man weiß, keinen unverrückbaren Platz, sondern eine Eigenbewegung. Zudem ist die Privatautonomie nicht eine außerhalb des Privatrechts stehende Orientierung, sondern Bestandteil des Systems.

Privatautonomie ist zudem weder selbst „mystifizierend“ noch lässt sich kritisieren, das Prinzip strahle so hell, dass Umliegendes in „dunklen Mys-

72 Das kritisiert aber RÖTHEL (Fn. 1) 107 ff.

73 E.-J. MESTMÄCKER, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168 (1968) 235, 238. Mestmäcker nennt zwei Fixsterne des Privatrechtssystems, neben der Privatautonomie das subjektive Recht.

tizismus“ verfallende. Privatautonomie selbst ist verhältnismäßig klar konturiert und wird differenziert erörtert. Eine „schwärmerische, auf mystischen Gedanken beruhende, rational nicht begründete Einstellung“⁷⁴ kann ich jedenfalls der deutschen Privatrechtswissenschaft nicht attestieren.

Richtig ist indes die Mahnung, Privatautonomie in der Dogmatik und in der Rechtspolitik nicht beliebig und pauschal oder als Kampfbegriff zu verwenden. Völlig zu Recht sagt Röthel, dass jede Entwicklung des Privatrechts etwas über die im geltenden Recht verwirklichte Privatautonomie aussagt. Und selbstverständlich ist nicht jede neue Entwicklung, die die formale Freiheit zugunsten anderer Prinzipien einschränkt, deswegen zu kritisieren. Wer in jeder Regulierung einen Angriff auf die Privatautonomie sieht, macht sich auf Dauer unglaubwürdig oder lächerlich. Allerdings gilt auch umgekehrt: Wer Wert und Rang der Privatautonomie verkennt, zeigt sein Unverständnis.

74 Duden, Deutsches Universalwörterbuch (4. Aufl., Mannheim 2001): Mystizismus.