

**Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der  
Privatautonomie in Japan und Deutschland**

Herausgegeben von

Keizo Yamamoto / Yuko Nishitani / Harald Baum

Carl Heymanns Verlag 2019

ZEITSCHRIFT FÜR JAPANISCHES RECHT  
JOURNAL OF JAPANESE LAW  
SONDERHEFT 14 / SPECIAL ISSUE 14 (2019)

*Executive Editors*

Prof. Dr. HARALD BAUM  
Max Planck Institute for Comparative and  
International Private Law  
Mittelweg 187  
D-20148 Hamburg  
E-mail: baum@mpipriv.de

Prof. Dr. MARC DERNAUER  
Chūō University  
Faculty of Law  
742-1 Higashi Nakano, Hachiōji-shi  
192-0393 Tōkyō, Japan  
E-mail: dernauer@tamacc.chuo-u.ac.jp

Prof. Dr. MORITZ BÄLZ  
Goethe University Frankfurt  
Faculty of Law  
Theodor-W.-Adorno-Platz 4  
D-60629 Frankfurt/Main  
E-mail: baelz@jur.uni-frankfurt.de

Prof. Dr. GABRIELE KOZIOL  
Kyōto University  
Graduate School of Law  
Yoshida Honmachi, Sakyo-ku  
606-8501 Kyōto, Japan  
E-mail: koziol@law.kyoto-u.ac.jp

*Editorial Assistance:*

ANNA KATHARINA SUZUKI-KLASSEN, MICHAEL FRIEDMAN (*Copy Editing*),  
JANINA JENTZ (*Final Editing and Layout*)

*Verlag / Publisher:* Carl Heymanns Verlag – a brand of Wolters Kluwer Germany, Luxemburger  
Straße 449, D-50939 Köln, phone: +49 221-943 73-7000; Internet: www.heymanns.com;  
Customer Service: phone: +49 2631-801-2222, e-mail: info-wkd@wolterskluwer.de

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses  
Heftes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung  
und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Heftes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind  
nicht gestattet.

All rights reserved; no part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or  
transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise,  
without the prior written permission of the Publisher.

*Bezugspreis:* Das Sonderheft kann über den Verlag zum Preis von 54,- € zzgl. Versandkosten bezogen  
werden. Mitglieder der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung e.V. können das Sonderheft zum  
Vorzugspreis von 47,- € zzgl. Versandkosten beziehen.

*Subscription price:* The special issue can be purchased from the publishers for € 54 plus postage.  
Members of the German-Japanese Association of Jurists may buy the special issue for the preferential  
price of € 47 plus postage.

*Anzeigenverkauf / Advertisement Sales:* Janosch Kleibrink, Phone: +49 221-943 73-7797,  
e-mail: janosch.kleibrink@wolterskluwer.com

*Anzeigendisposition / Advertisement Disposition:* Wolters Kluwer Germany, Advertisements, Karin  
Odening, Luxemburger Str. 449, D-50939 Köln, phone: +49 221-943 73-7760,  
e-mail: anzeigen@wolterskluwer.com. Price list No. 11, 1 January 2018.

*Druckerei / Printed by:* rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wissen

© 2019 Deutsch-Japanische Juristenvereinigung e.V. & Max-Planck-Institut für ausländisches und  
internationales Privatrecht / German-Japanese Association of Jurists & Max Planck Institute for  
Comparative and International Private Law

ISBN 978-3-452-29254-4  
www.ZJapanR.de

## Vorwort

Seit dem Jahr 2008 besteht zwischen dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg und der Juristischen Fakultät der Universität Kyōto eine institutionalisierte akademische Kooperation, deren Ziele der regelmäßige Austausch, insbesondere von Nachwuchswissenschaftlern, und eine intensive projektbezogene Zusammenarbeit sind. Im Rahmen dieser Kooperation haben die beiden Partner in den Jahren 2016–2018 ein gemeinsames Forschungsprojekt zu dem Thema „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“ durchgeführt, das Anfang 2018 seinen Abschluss in einem Workshop in Kyōto fand, dessen Beiträge in diesem Band veröffentlicht sind. Das Forschungsvorhaben wurde auf der deutschen Seite vom DAAD und auf der japanischen von der JSPS im Rahmen des projektbezogenen Personenaustausches mit Japan (DAAD–JSPS Joint Research Program) gefördert.

Der Forschungsgegenstand lässt sich knapp wie folgt umreißen: Deutschland wie Japan sind, bei aller Unterschiedlichkeit im Einzelnen, durch eine auf Wettbewerb beruhende freiheitliche Wirtschaftsverfassung und eine durch politische Teilhabe getragene freiheitliche Gesellschaftsordnung geprägt. Beides sind interdependente Kennzeichen einer offenen Privatrechtsgesellschaft. In deren Mittelpunkt stehen als Leitprinzipien einerseits die Privatautonomie als Ausdruck der Handlungsfreiheit der Bürger und andererseits, damit verbunden, die Eigenverantwortung der Bürger für ihre Handlungen. Wichtigster Ausfluss der Privatautonomie ist auf der Ebene des materiellen Rechts die Vertragsfreiheit. Eigenverantwortung bedeutet diesbezüglich, dass der Handelnde an einen von ihm geschlossenen Vertrag gebunden ist.

Eigenverantwortung und Vertragsfreiheit bestehen jedoch nicht grenzenlos. Dort, wo der Einzelne nicht mehr eigenverantwortlich zu handeln und sich zu schützen vermag, endet die individuelle Verantwortlichkeit. Die Grenzen der Vertragsfreiheit werden seit längerem durch Einschränkungen unterschiedlichster Art kontinuierlich ausgebaut. Stichwörter sind der Schutz vor strukturellen Ungleichgewichtslagen durch z. B. Informationsasymmetrien oder vor Diskriminierungen wie auch gesellschaftspolitische Umverteilungsstrategien. Diesen Regelungen ist die Tendenz eigen, bestimmte Gruppen von Vertragsparteien von der Eigenverantwortung für ihr Handeln zu entlasten und stattdessen der jeweiligen Gegenseite eine dem Privatrecht fremde und die Vertragsfreiheit einschränkende Mitverantwor-

tung aufzuerlegen. Schlagwortartig ist diese Entwicklung als „Materialisierung des Rechts und Entmaterialisierung der Freiheit“ bezeichnet worden. Je nach Perspektive lässt sich dieser Prozess positiv als Fortentwicklung oder negativ als tendenzielle Auflösung von Privatautonomie und Eigenverantwortung begreifen.

Anhand von ausgewählten Sachgebieten ist dieses Spannungsverhältnis für Deutschland und Japan im Rahmen des Projektes umfassend diskutiert und problematisiert worden. Die Beiträge des vorliegenden Bandes loten die Möglichkeiten und Grenzen der Privatautonomie rechtsvergleichend für das Vertragsrecht (*Karl Riesenhuber, Tomohiro Yoshimasa, Keizo Yamamoto*), das Familien- und Erbrecht (*Anne Röthel, Atsuko Kimura*), das Sachenrecht (*Christian Heinze, Katsuyuki Wada*) und das Kapitalmarktrecht (*Harald Baum, Maki Saito*) aus.

Der Vergleich mit den japanischen Erfahrungen besitzt in diesem Zusammenhang ein hohes Erkenntnispotential, denn das japanische Zivilrecht ist einerseits historisch eng mit dem deutschen Recht verwandt, hat aber seit langem eine von diesem unabhängige Entwicklung genommen, die, anders als die deutsche, auch nicht durch die Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts etwa im Bereich des Verbraucherrechts geprägt ist.

Die Herausgeber danken *Janina Jentz* und *Anna Katharina Suzuki-Klasen* für ihre engagierte Unterstützung bei der Herausgabe des Bandes. Dessen Drucklegung hat das Forschungsgeld des Präsidenten der Universität Kyōto ermöglicht.

*Keizo Yamamoto*

*Yuko Nishitani*

*Harald Baum*

Kyōto und Hamburg, im Januar 2019

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	iii
---------------	-----

### I. Privatautonomie: Allgemeiner Teil und Vertragsrecht

Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei: Zugleich eine Stellungnahme zu <i>Röthel</i> , „Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer“ <i>Karl Riesenhuber</i> .....	3
The Reform of Japanese Contract Law and the Principle of Self-Responsibility <i>Tomohiro Yoshimasa</i> .....	27
Kommentar zum allgemeinen Teil des Symposiums „Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der Privatautonomie in Japan und Deutschland“ <i>Keizo Yamamoto</i> .....	41

### II. Privatautonomie im Familien- und Erbrecht

Autonomie im Familienrecht in der Gegenwart <i>Anne Röthel</i> .....	49
Privatautonomie aus der Sicht des Erbrechts <i>Atsuko Kimura</i> .....	71

### III. Privatautonomie im Sachenrecht

Privatautonomie und Typenzwang im Sachenrecht <i>Christian Heinze</i> .....	91
<i>Numerus clausus</i> -Prinzip im japanischen Sachenrecht <i>Katsuyuki Wada</i> .....	117

**IV. Privatautonomie im Kapitalmarktrecht**

Widerrufs-/Rücktrittsrechte am Kapitalmarkt: Sinnvolle Schutz- instrumente oder überflüssige Durchbrechung der Eigenverantwortung? <i>Harald Baum</i> .....	133
Kommentar <i>Maki Saito</i> .....	159
Verzeichnis der Autoren und Herausgeber .....	167

**I. Privatautonomie:  
Allgemeiner Teil und Vertragsrecht**



## Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei

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

*Karl Riesenhuber*<sup>\*</sup>, <sup>\*\*</sup>

- 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.<sup>1</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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 aufgereggt 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“. <sup>2</sup> 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*<sup>3</sup> und *Canaris*<sup>4</sup> näher begründet und ausdifferenziert haben und die in der internationalen Rechtstheorie vor allem *Dworkin*<sup>5</sup> 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,<sup>6</sup> 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.“<sup>7</sup>

## 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.<sup>8</sup> 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“.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

#### 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.“<sup>11</sup>

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.“<sup>12</sup> 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.“<sup>13</sup> 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“.<sup>14</sup>

### 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?“<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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“,<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> Nach anderer Ansicht bedürfen auch Ausgestaltungen der abwehrrechtlichen Rechtfertigung, soweit sie Eingriffscharakter haben; Ausgestaltung und Eingriff sind m.a.W. Überschneidungsbereiche.<sup>20</sup> Aber auch wenn man Ausgestaltung und Eingriff trennscharf unterscheidet, unterliegen Ausgestaltungen einer Kontrolle.<sup>21</sup> Wenn das BVerfG, worauf Röthel hinweist, sagt, der Gesetzgeber müsse „der Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben einen angemessenen Betätigungsraum eröffnen“,<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup>

---

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.“<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> Und die hervorragende grundrechtliche Bedeutung der Privatautonomie kommt in ihrer Verankerung in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup> Den Grundgedanken hat Flume mit dem Zitat „*stat pro ratione voluntas*“ illustriert.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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“.<sup>34</sup>

#### 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.<sup>35</sup> 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 Inhaltskontrolle<sup>36</sup> eine funktionierende Privatrechtsordnungen haben, die ein selbstbestimmtes Leben zu ermöglichen scheint.

Freilich ist das Argument mit historischen und ausländischen Beispielen unsicher und zweischneidig. Gerade die Rechtsvergleichung begründet Zweifel, inwieweit *legal transplants* möglich sind.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.“<sup>39</sup>

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,<sup>40</sup> 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),<sup>41</sup> 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 Nichtuntnehmers, *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,<sup>42</sup> Kritiker der Diskriminierungsverbote zu AGG-Kommentatoren<sup>43</sup>. 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Sind auch Dogmatik und Rechtspolitik strikt zu trennen, so hat doch gute Rechtsdogmatik, nach einem Diktum Canaris', die rechtspolitische Seite stets mit im Blick.<sup>47</sup>

*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.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup>

*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.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

Pläne der Kommission, die Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen auf Individualverträge auszudehnen, haben zu einer heftigen rechtspolitischen Kontroverse geführt. Hier haben insbesondere *Ulmer* und *Brandner*<sup>52</sup> sowie *Canaris*<sup>53</sup> 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 Privatrechtsgesellschaft<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup> 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<sup>57,58</sup>, 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.<sup>59</sup> 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 AGG<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> Ein grundlegend gegenläufiger Ansatz unternimmt schon auf Prinzipienebene, Freiheit und Gleichheit in einem „Prinzip der personalen Gleichheit“ aufzuheben.<sup>62</sup>

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.<sup>63</sup>

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

Die rechtspolitische Diskussion war gerade in diesem Bereich besonders heftig.<sup>64</sup> Privatautonomie ist gerade auch die „Freiheit zu diskriminieren“.<sup>65</sup> 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.“<sup>66</sup>

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 –<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> Insbesondere ist der Vertrag heute weitgehend von Formalismus befreit.<sup>69</sup> Die Hindernisse, die man im 19. Jahrhundert noch gegen die Abtretung, die Vertragsübertragung oder den Vertrag zugunsten Dritter diskutierte,<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> 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 Fixsterns<sup>73</sup> 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“<sup>74</sup> 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.



# The Reform of Japanese Contract Law and the Principle of Self-Responsibility

*Tomohiro Yoshimasa\**

- I. Introduction
- II. Two Functions of the Principle of Self-responsibility
- III. The Reform of the Japanese Civil Code
  - 1. Legislative Process in Japan
  - 2. Scope of the Reform
- IV. The Rules on Formation of Contracts
  - 1. Codification of the General Principles
  - 2. “Consensualization” of “Real Contracts”
  - 3. The Rules on Protection of the “Weaker Party”
  - 4. Incorporation of Standard Contract Terms
- V. The Rules on the Content of a Contract: The Law on Breach of Contract
  - 1. Prerequisites for Damages
  - 2. Liability of the Seller
- VI. The Rules on Adjustment of Contracts
  - 1. “The Principle of Change of Circumstances”: An Unsuccessful Attempt at Codification
  - 2. Adjustment of Standard Contract Terms
  - 3. Reform of the Law of Prescription
- VII. Concluding Remarks

## I. INTRODUCTION

As Professor Riesenhuber very persuasively describes, we can hardly imagine any legal system that is not supported by the principle of self-responsibility.<sup>1</sup> It could be safely said that the principle underpins every legal system in one way or another.

Among the various fields of law, civil law is largely guided by the principle of self-responsibility. The basic principles of modern civil law, such as the principle of freedom of contract and the fault principle, cannot be justified without having recourse to the idea of self-responsibility. In this sense, the

---

\* Professor of Law, Kyōto University.

1 K. RIESENHUBER, *Das Prinzip der Selbstverantwortung im Europäischen Privatrecht*, in: id. (ed.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (Tübingen 2012) 213, 216: “Sowenig es eine Rechtsordnung ohne Privatautonomie geben kann, sowenig kann es eine Rechtsordnung ohne Selbstverantwortung geben.”

principle of self-responsibility can be regarded as one of the pillars on which modern private law systems, including the Japanese one, are built.

In the field of contract law, in particular, the principle of self-responsibility and the closely related principle of private autonomy (*Privatautonomie*) play a crucial role. Contract is a legal instrument which enables parties to design their rights and duties in accord with their own will. Without the legally binding effect of contracts, which is justified at least in part by the principle of self-responsibility, this legal instrument would not be able to fulfill its role. At the same time, however, the binding effect of contracts is not unlimited in our legal systems. As is most apparent in the legislation in the fields of labor law and consumer law, contract law is expected to play an intervening role when we cannot hold parties liable based on the principle of self-responsibility. As we are all aware, the difficult question in the field of contract law lies in determining to what extent and in what way this principle should be upheld.

Regarding Japanese contract law, the bill which amends the law of obligations in the Japanese Civil Code (*Minpō*, hereinafter: CivC) was passed by the Japanese Diet in May 2017.<sup>2</sup> This is the most wide-ranging reform of the CivC since its enactment in 1896, and the law of obligations was modernized overall for the first time. This article will examine the reform of Japanese contract law from the perspective of self-responsibility and analyze how the new Civil Code responds to the above question.

## II. TWO FUNCTIONS OF THE PRINCIPLE OF SELF-RESPONSIBILITY

As abstract as the concept of self-responsibility is, it should be beneficial to describe the theoretical framework adopted in this article before discussing the reform of the CivC.

The principle of self-responsibility seems to perform (at least) two deontological functions in civil law. First, this principle is often invoked to justify binding a party to what the party has agreed to. This function plays an important role especially in contract law. Its clearest manifestation is the principle of *pacta sunt servanda*. Second, the principle of self-responsibility is also invoked to justify holding a party liable for doing what the party is not supposed to do (or for not doing what the party is supposed to do) under the law. Although the latter function does have some significance in contract law, it plays a much larger role in other fields of law, such as tort law. It should also be kept in mind that in some cases these two functions can be two sides of the same coin. For instance, when a contracting party is in breach, that party is

---

<sup>2</sup> As *Minpō no ichibu o kaisei suru hōritsu* [Law to Amend the Civil Code], Law No. 44 of 2017. The new CivC will come into force as of 1 April 2020.

bound by the contract which it has agreed to and is, at the same time, held liable for not fulfilling its contractual obligation.

Based on these functions of the principle of self-responsibility, legislators have various alternative options during a legislative process. On the one hand, legislators may impose legal duties upon the parties based on this principle. Many of the new rules adopted in the CivC seem to reflect such a decision by legislators. On the other hand, legislators may conclude that the parties should not have legal duties imposed on them for the reason that the preconditions for holding the parties liable based on the principle of self-responsibility are not met. Such a decision would provide an explanation for much legislation aiming to protect consumers from disadvantageous contracts. In addition to these two reactions, in the reform of Japanese contract law we can observe a phenomenon which can be characterized as a “dilution” of self-responsibility. This is the case with regard to the new rules on standard contract terms in particular. The controversial rules adopted by legislators will also be discussed in the subsequent sections.

### III. THE REFORM OF THE JAPANESE CIVIL CODE

In this section, the reform process of the Japanese Civil Code will be explained very briefly.

#### 1. *Legislative Process in Japan*<sup>3</sup>

Most of the bills submitted to the Japanese Diet are drafted by the ministry within the government which is responsible for each concrete act of legislation. As a matter of course, the Ministry of Justice (hereinafter: MOJ) was in charge of the reform of the CivC. For important legislation, the MOJ establishes a working group within the Legislative Council, which is an advisory panel of the Minister of Justice, upon a consultation of the Minister. As for the reform of the law on obligations, the Working Group on the

---

3 This section partly draws upon T. YOSHIMASA, *The Reform of the Law on Remedies for Breach of Contract in Japan*, in: Bruns/Suzuki (eds.), *Reactive Instruments of Social Governance* (Tübingen 2019, forthcoming).

For this section, see also T. UCHIDA, *Contract Law Reform in Japan and the UNIDROIT Principles*, *Uniform Law Review* 2011, 705. Uchida, currently professor emeritus at Tōkyō University, played a central role in the reform of the CivC. For a political analysis of the reform process of the CivC, see S. KOZUKA/L. NOTTAGE, *Policy and Politics in Contract Law Reform in Japan*, in: Adams/Heirbaut (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke* (Haywards Heath 2015) 253.

Reform of the Law on Obligations (hereinafter: Working Group)<sup>4</sup> was established in November 2009. At its 71<sup>st</sup> meeting in February 2013, the Working Group agreed upon the Interim Draft on the Reform of the Law on Obligations (hereinafter: Interim Draft). After very intensive discussions and many compromises among the members, the Working Group managed to agree upon the final draft in February 2015.<sup>5</sup> The final draft was approved by the Legislative Council in the same month, and the bill to amend the CivC was prepared based on the draft. Bills prepared by the government officials of the MOJ are normally not revised by the Diet, and this was the case for the reform of the CivC as well.

The Working Group consisted of around forty members. While there were changes in the members, as of February 2015, when the final meeting of the Working Group was held, among thirty-seven members in total, eighteen were legal academics, four were legal attorneys representing the Japan Federation of Bar Associations, four were judges, and three were industry representatives. There were also representatives from a labor union (the Japanese Trade Union Confederation) and a consumer association. It is very important to note that any draft adopted by the Working Group must be, in principle, agreed upon unanimously by all the members. It is, therefore, very difficult for the Working Group to propose new rules on controversial issues upon which opinions and interests of the members conflict.

## 2. *Scope of the Reform*

The new bill amends the provisions of the CivC which are related to contract, namely the provisions on juristic acts (*Rechtsgeschäfte*, Art. 90 ff) and prescription (*Verjährung*, Art. 166 ff) in the general part, the general provisions on obligations (Art. 399 ff), and the specific provisions on contracts (Art. 521 ff). The bill does not, in principle, revise the provisions on property (Art. 175 ff), torts (Art. 709 ff), family law (Art. 725 ff), or succession law (Art. 882 ff).

As was the case with the modernization of the German Civil Code in 2002, the law on breach of contract (*Leistungsstörungenrecht*) and prescription were two major fields of law that were largely modified. The reform of the CivC, however, has been more far-reaching in that the provisions on juristic acts, which are contained in the general part of the CivC, and all the

---

4 The minutes of the meetings of the Working Group are available at: [http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingi1/shingikai_saiken.html) (in Japanese).

5 For an overview of the final draft in German, see M. OKUDA, Gegenwärtiger Stand der Schuldrechtsreform in Japan und Überblick über die Reformvorschläge, *ZJapanR/J.Japan.L.* 39 (2015) 3; M. DERNAUER, Der Schuldrechtsreform-Entwurf: Eine Bewertung, *ZJapanR/J.Japan.L.* 39 (2015) 35.

provisions in the general part of the law of obligations were reformed. On the other hand, in the reform of the CivC, incorporation of the rules on consumer protection was not seriously considered.<sup>6</sup>

#### IV. THE RULES ON FORMATION OF CONTRACTS

Legislators have introduced several new rules related to formation of contracts. In this section, those rules will be examined from the perspective of self-responsibility.<sup>7</sup>

##### 1. *Codification of the General Principles*

Although it is widely acknowledged that the parties may freely decide whether to conclude a contract or not based on the principle of freedom of contract, the current CivC does not have any explicit provisions on this basic principle. The new CivC, on the other hand, provides in Art. 521 (1), its first article on contracts, that “[a]nyone may decide freely whether to conclude a contract unless the law provides otherwise.” This basic principle was codified based on one of the guiding principles of the reform, according to which the CivC was to be made more transparent and understandable for citizens.<sup>8</sup> Article 522 (1) of the new CivC, which provides that a contract is concluded when a party makes an offer indicating the content of the contract and the other party accepts the offer, derives from the same guiding principle. While these new provisions do not intend to make any substantial changes, they can be regarded as a manifestation of the principle of self-responsibility.

##### 2. *“Consensualization” of “Real Contracts”*

Under the current CivC, loans for consumption (*Darlehensvertrag*), loans for use (*Leihvertrag*), and deposits (*Verwahrungsvertrag*) are treated as “real contracts”, meaning that an object of a contract must be transferred to

---

6 For the incorporation of consumer law into the CivC, see H. SONO, Integrating Consumer Law into the Civil Code: A Japanese Attempt at Re-codification, in: Keyes/Wilson (eds.), *Codifying Contract Law: International and Consumer Law Perspectives* (Farnham 2014) 107.

7 Practically, the most important reform regarding the formation of contracts is the abandonment of the dispatch rule with regard to acceptances (see Art. 526 current CivC). This article focuses on the significance of the principle of self-responsibility in the reform.

8 See Consultation No. 88 of the Minister of Justice. The other guiding principle of the reform was to modernize the provisions of the CivC which have become obsolete due to the socio-economic changes that have taken place since the enactment of the Code.

a party for a contract to be concluded and that the only obligation under the contract is for the receiving party to return such object (Arts. 587, 593, and 657 current CivC). In our society today, however, it is very difficult to stick to this rule, which has its roots in the Roman tradition, and practitioners have come up with ways to circumvent the provisions in the current CivC.

The new CivC has adopted a position that these contracts are validly concluded when the parties have agreed to a contract and that a transfer of an object is unnecessary for the formation of contract (see Arts. 587-2, 593, and 657 new CivC). While the new rules seem to have an affinity with the principle of self-responsibility at first glance, this principle is not reflected in a straightforward manner. First, for loans for consumption to be concluded consensually, the contract must be concluded in writing (Art. 587-2 new CivC). Otherwise, the object of the contract must be transferred to a borrower in order for a loan for consumption to become effective, just as it is the case under the current CivC. Second, legislators have decided to allow the termination of contracts on two occasions: For loans for use, which are gratuitous by definition, and for deposits under which a party has undertaken a deposit gratuitously, the party who has assumed a contractual obligation (namely, the *Verleiher* or *Verwahrer*) may terminate the contract at the party's will unless the contract is concluded in writing (Arts. 593-2 and 657-2 (2) new CivC). These new provisions are in accordance with the rule on the termination of gifts, which can be regarded as a model of gratuitous contracts (see Art. 550 CivC). Furthermore, a borrower in loans for consumption (*Darlehensnehmer*), a borrower in loans for use (*Entleiher*), and a depositor (*Hinterleger*) may terminate a contract at their own will before the object of a contract has been transferred (Arts. 587-2 (2), 598 (3), and 657-2 (1) new CivC). This rule is justified on the ground that it is meaningless to force the borrowers to receive the object and the depositor to make use of the retainment when they no longer wish to be bound by the contract.

### 3. *The Rules on Protection of the "Weaker Party"*

The new CivC has introduced provisions aiming to protect the "weaker party" as well.

First, Art. 3-2 of the new CivC provides that a juristic act is invalid when a party did not have the capacity to understand the significance of the act (*Willensunfähigkeit*). This rule has been accepted by Japanese courts<sup>9</sup> and scholars under the current CivC, and the new provision therefore does not change the status quo. Nevertheless, from the perspective of self-responsi-

---

<sup>9</sup> Japanese Imperial Court, 11 May 1905, Minroku 11, 706.

bility, it is of great significance that the new CivC explicitly declares that no legal duties are imposed on incapable parties.

Second, the new CivC has adopted a novel set of rules to protect security providers (guarantors) in personal security contracts. A set of complex rules aiming to protect security providers had already been introduced into the CivC by the reform in 2004 (Art. 465-2 ff current CivC). The reform of the law on personal security contracts in 2017, which was ardently advocated by the Japan Federation of Bar Associations, expanded the scope and content of protection. Among the various new rules, it is noteworthy that under the new CivC, a global personal security contract (contract for a revolving guarantee) which provides security for monetary obligations arising from business transactions is valid only when the security provider has expressed its will to assume responsibility by means of a notarial deed (Art. 465-6 new CivC).

Article 465-6 is the only provision in the CivC which requires parties to conclude a contract by means of a notarial deed. The rule adopted in this article is justified on the ground that in personal security contracts it is not always easy for security providers to fully understand the responsibility that they assume under the contract. Considering that the rules on consumer protection were not integrated into the CivC, a decision which is presumably justified by the idea that the Code presupposes contracting parties to be equally empowered, the mere fact that such detailed rules to protect security providers have been incorporated into the CivC is noteworthy.

#### 4. *Incorporation of Standard Contract Terms*

In the Working Group, it was very intensively discussed whether and what kind of rules should be adopted with regard to standard contract terms.<sup>10</sup> As a result of a compromise among the members of the Working Group, the new CivC has adopted a new set of rules (Art. 548-2 ff) whose content has already been severely criticized by academia. As controversial as the new rules are, this is the first time that explicit rules on standard contract terms have been provided in Japanese legislation.

To define the scope of application of the new rules, the new CivC has adopted a concept of “formulated standard contract terms” (*teikei yakkan* in Japanese). This is a completely new concept which no Japanese lawyer had heard of before.<sup>11</sup> In Art. 548-2 (1) of the new CivC, “formulated standard

---

10 For an analysis of the reform of Japanese law on standard contract terms based on the Interim Draft, see H. DÖRING, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der japanischen Schuldrechtsreform*, ZJapanR/J.Japan.L. 37 (2014) 203.

11 “*Yakkan*” (*Geschäftsbedingungen*) is the term which is normally used in Japan when referring to standard contract terms. “Formulated standard contract terms”

contract terms” are defined as entire bodies of contractual terms which are prepared by a party for the purpose of making them part of a contract in “formulated transactions” (*teikei torihiki*), i.e., transactions which are conducted with an unspecified number of people under uniform conditions.

A very controversial rule on the incorporation of “formulated standard contract terms” is set forth in Art. 548-2 (1). The new article provides that a party who has agreed to make a “formulated transaction” is deemed to have agreed to the individual conditions provided in the “formulated standard contract terms” not only when the party has agreed to make the “formulated standard contract terms” a part of the contract (Art. 548-2 (1) (i)), but also when the party who has prepared the “formulated standard contract terms” indicated to the other party in advance that the terms would be part of a contract (Art. 548-2 (1) (ii)). The latter rule, which seems to allow incorporation of “formulated standard contract terms” even when the opposing party has not agreed to such terms, is a subject of discussion. Some scholars harshly criticize the new rule as being incompatible with the basic principle of contract law that the parties are bound by contractual terms only when they have agreed to the terms on their own will.<sup>12</sup> Others try, perhaps unwillingly, to justify the rule in Art. 548-2 (1) (ii) on the ground that the new provision provides for incorporation of “formulated standard contract terms” when the opposing party has implicitly agreed to incorporate the terms.<sup>13</sup> In either case, it is difficult to deny the fact that under the new rules on incorporation of the “formulated standard contract terms”, the principle of self-responsibility, which justifies holding a party liable for what the party has agreed to, has receded to a great degree.

## V. THE RULES ON THE CONTENT OF A CONTRACT: THE LAW ON BREACH OF CONTRACT

The law on breach of contract is one of several areas of law which have attracted great attention in the reform. Among the various issues, the reform of the rules on damages and on a seller’s liability will be discussed in this section.

---

(*teikei yakkan*) cover most, but not all, of what has previously been called “*yakkan*”.

12 S. KAWAKAMI, “*Yakkan ni yoru keiyaku*” to “*teikei keiyaku*” [“Contracts Based on Standard Terms” and “Formulated Contracts”], *Shōhisha-hō Kenkyū* [Review of Consumer Law] no. 3 (2017) 1, 20–24.

13 M. OKINO, “*Teikei yakkan*” no *iwayuru saiyō yōken ni tsuite* [On the Incorporation of Formulated Contract Terms], *Shōhisha-hō Kenkyū* [Review of Consumer Law] no. 3 (2017) 97, 120–123; Y. SHIOMI, *Shin saiken sōron* I [New Law of Obligations, General Part I] (Tōkyō 2017) 43.

### 1. *Prerequisites for Damages*<sup>14</sup>

Article 415 of the current CivC provides that in cases of non-performance, the creditor is entitled to damages unless the non-performance is caused by reasons which are not “attributable to the debtor”. Regarding this tautological provision, legal academics have discussed whether the current CivC has adopted the fault principle. The traditional view, influenced by German legal theory, saw the prerequisites for damages provided in Art. 415 as a manifestation of the fault principle, which is one of the basic principles of the CivC. Recent authors, on the other hand, argue that it is not whether the debtor is at fault in a strict sense but whether he is in breach of an obligation arising from the contract that determines whether he is held liable. They also assert that the drafters of the CivC did not intend to adopt the traditional concept of fault and that the Japanese courts do not follow this principle either.

In the Working Group, there was a harsh conflict of opinions among the members regarding this provision. The members from academia argued that the provision should be revised so as to make it clear that it is not the existence (or non-existence) of fault of the debtor, but the content of the contract that should be decisive. Conversely, the practitioners, among them legal attorneys, insisted on maintaining the current provision. They argued that if the content of the contract was the only criterion for determining whether the debtor is to be held liable for damages, the rule might be disadvantageous to parties with a weaker bargaining power whose will may not be well reflected in the contract, and that the courts should be allowed to take other elements into consideration when making their decisions. The argument put forward by the attorneys in the Working Group shows that they expect the courts to play an intervening role for the protection of the weaker parties in some situations. This may, at least to some extent, conflict with the principle of self-responsibility.

The Working Group eventually came to an unsophisticated compromise. Article 415 (1) of the new CivC states that the creditor is entitled to demand damages unless the non-performance is caused by reasons which are “not attributable to the debtor considering the content of the contract” and “the established common practice”. It remains to be seen whether the new wording adopted in the new CivC will change the status quo.

---

14 For a recent exposition of the Japanese law on damages in English, see K. NAKATA, *Performance and Monetary Remedies for Breach of Contract in Japan*, in: Chen-Wishart et al (eds.), *Studies in the Contract Laws of Asia I: Remedies for Breach of Contract* (Oxford 2016) 107, 121–138.

## 2. *Liability of the Seller*

Just as in the case of other legislation under the influence of the Roman tradition, the current CivC provides special rules on a seller's liability for latent defects of delivered objects (Art. 570) and defects of title (Art. 561 ff.). It had been heatedly discussed whether a seller's liability under these provisions is a category of liability for non-performance or a special statutory warranty imposed on a seller of specific goods. Most recent scholars support the former view that the seller is under a contractual obligation to deliver the goods or transfer the titles free of defects.

The new CivC also has adopted the former position, which is in accordance with the German Civil Code (*BGB*) after the reform in 2002 (see Art. 433 current *BGB*) and international instruments such as the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (see Art. 35 CISG). Under the new CivC, a contractual duty to deliver the goods or transfer the titles in conformity with the contract is imposed on a seller (see Art. 562 with respect to delivery of goods and Art. 565 with respect to transfer of titles). When the seller fails to comply with this obligation, the buyer is entitled to ask for damages or terminate the contract based on the general rules on remedies for breach of contract (Arts. 564 and 565 new CivC).<sup>15</sup> While the current CivC does not explicitly provide for the buyer's right to supplementary performance and allows a reduction of the purchase price only in limited cases, the new CivC provides general rules on these remedies as well (Art. 562 on the right to supplementary performance, Art. 563 on the right to a reduction of the purchase price).

In the provisions above, legislators have even abandoned the concept of "defect" (*Mangel*), which was familiar to Japanese lawyers. Instead, they have introduced a concept of "conformity with the contract", which evidently has its roots in the CISG, to emphasize that a seller is under an obligation to perform a contract as promised. It could be said that legislators have taken considerable account of the principle of self-responsibility in this regard.

---

<sup>15</sup> Whereas the current CivC provides a special limitation period for a seller's liability (Art. 566 (3)), the new CivC has deleted this limitation period. Instead, the new Code imposes on the buyer a duty to inform the seller of a non-conformity within one year after the buyer has become aware of the non-conformity, unless the seller knew or could reasonably be expected to have known about the non-conformity (Art. 566).

## VI. THE RULES ON ADJUSTMENT OF CONTRACTS

### 1. *“The Principle of Change of Circumstances”*: An Unsuccessful Attempt at Codification

In this context, it is also interesting to discuss a rule which was not codified in the new CivC. In Japanese law, “the principle of change of circumstances”, a doctrine which allows parties to terminate or adapt a contract under a severe change of circumstances, has been established by the courts<sup>16</sup> and academia. Although the principle is not explicitly provided in the CivC and the number of court cases which have actually applied the principle is limited, the doctrine is widely acknowledged by Japanese lawyers.

The members of the Working Group made efforts up until the last minute to codify the principle, but they were unable to come to a consensus. The practitioner members of the Working Group argued repeatedly that if the principle were codified, a party that wished to evade its contractual duty would be able to make an improper use of the new provision. They also argued that the adaptation of a contract by the courts would be an improper interference in the parties’ autonomy and that if the parties wished to adapt a contract under changed circumstances, such an adaptation should be done by themselves and not by the courts.

It should be noted here that, as discussed in the previous section, the practitioner members strongly opposed the modification of Art. 415 on damages on the ground that the courts should be allowed to play an intervening role when deciding whether a party is to be held liable for damages. They seem to emphasize the limits of the principle of self-responsibility in relation to the law on damages whereas they stress its sanctity with regard to change of circumstances. Their attitude toward this principle may not be contradictory as such, but it remains unclear.

### 2. *Adjustment of Standard Contract Terms*

Another controversial rule on standard contract terms was introduced by the reform, namely a rule on the adjustment of “formulated standard contract terms”. Article 548-4 (1) of the new CivC provides that a party who has prepared “formulated standard contract terms” may adjust individual conditions provided in the terms without (!) the consent of the other party (i) when the adjustment is in the general interest of the other party, and (ii) when the adjustment does not contradict the purpose of the contract and is deemed reasonable considering the necessity of such adjustment, its ade-

---

<sup>16</sup> See Japanese Imperial Court, 6 December 1944, Minshū 23, 613.

quacy, whether a term permitting such adjustment is provided in the contract, and other related elements.

Naturally enough, academics have criticized the new provision, arguing that a rule which allows a party to modify a contract without the consent of the other party is incompatible with the general rule of contract law.<sup>17</sup> Legislators, on the other hand, try to justify the provision on the ground that a party entering into a contract has agreed to incorporate the standard contract terms as a whole, and therefore an adjustment of the contract terms would not be contrary to the party's expectation as long as such adjustment may be deemed reasonable. One author refers to such a justification as being grounded on the "diluted agreement of the parties".<sup>18</sup> It is open to academic scrutiny whether the justification put forward by legislators is persuasive. Whatever the answer may be, there is no denying that the principle of self-responsibility is also "diluted" in this context.

### 3. Reform of the Law of Prescription

Although the law of prescription is not normally regarded as a rule on the adjustment of a contract, it nevertheless may be regarded as such in the sense that contractual obligations are extinguished after the elapsing of a certain period of time.

The reform bill has revised the rules on prescription remarkably. Among the various modifications, the amendment of the general prescription period for claims (*Ansprüche*) is of particular significance. Whereas Art. 167 (1) of the current CivC provides for a uniform prescription period of ten years running from the time when the creditor's right can be exercised (see Art. 166 (1)), the new CivC has adopted a dual system which is in accordance with many recent acts of legislation around the world:<sup>19</sup> a five-year period running from a subjective criterion, namely the time when the creditor has known that the right can be exercised (Art. 166 (1) (i)), and a ten-year period running from an objective criterion, namely the time when the creditor's right can be

---

<sup>17</sup> KAWAKAMI, *supra* note 12, 25–26.

<sup>18</sup> O. MORITA, *Yakkan kisei: seido no kihon kōzō o chūshin ni (sono 4)* [The Regulation of Standard Terms: Focusing on the Basic Structure of the System (Part 4)], *Hōgaku Kyōshitsu* [Courses on Legal Studies] 435 (2016) 88, 92–94.

<sup>19</sup> For the general characteristics of the recent legislation on the law of prescription, see R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (Cambridge 2002) 85–111.

exercised (Art. 166 (1) (ii)). For most claims arising from contracts, the prescription period will be shortened under the new CivC.<sup>20</sup>

From the perspective of self-responsibility, the curtailment of the prescription period may conflict with this principle since it makes it easier for contractual parties to evade their obligations solely for the reason that a certain period of time has elapsed. However, it may also be said that the principle of self-responsibility requires parties to exercise their rights within a reasonable period of time and that in a society in which people are more sensitive to the costs caused by a non-exercise of rights, this aspect of the principle has become more significant than ever.<sup>21</sup>

## VII. CONCLUDING REMARKS

As is clear from the previous sections, the way the principle of self-responsibility is reflected in the new CivC is multi-faceted and difficult to understand in a straightforward manner. A large part of this can be attributed to the compromises among the members of the Working Group that were necessary to reach a consensus. But it is, at the same time, a reflection of the complexity of the world we live in.

---

20 The new CivC at the same time provides for a particularly long prescription period of twenty years for damages arising from infringements of the right to life and bodily integrity (Arts. 167, 724-2).

21 See A. ŌMURA, *Minpō (saiken-hō) kaisei no “keiyaku, keiyaku-hō” kan* [Outlook on “Contract” and “Contract Law” under the Reform of the Civil Code (Law of Obligations)], *Minshō-hō Zasshi* [Journal of Civil and Commercial Law] 153 no. 1 (2017) 57, 72–73.



## **Kommentar zum allgemeinen Teil des Symposiums „Gegenwärtiger Stand und Aufgabe der Privatautonomie in Japan und Deutschland“**

*Keizo Yamamoto\**

- I. Einleitung
- II. Verschiedene Gesichtspunkte für eine nähere Untersuchung
  - 1. Inhalt und Gegenstand der Privatautonomie – natürliche Freiheit und institutionelle Freiheit
  - 2. Eingriffe in die Privatautonomie – tatsächliche Eingriffe und rechtliche Eingriffe
  - 3. Einordnung der Privatautonomie – Privatautonomie als Wert und als Mittel
- III. Schluss

### **I. EINLEITUNG**

Der Vortrag von *Riesenhuber* zur Privatautonomie war überaus spannend und pointiert. Die meisten Zuhörer – und vermutlich auch *Riesenhuber* selbst – sind jetzt wohl sehr darauf gespannt, wie *Röthel* auf die Kritik antworten wird und auch was darauf wiederum *Riesenhuber* erwidern wird.

*Yoshimasa* hat ferner die letztes Jahr (2017) verabschiedete Reform des japanischen Schuldrechts daraufhin untersucht, in wie weit dort „Selbstverantwortung“ Berücksichtigung findet. Viele Zuhörer, besonders von deutscher Seite, werden hier wohl mehr über die Bedeutung und die Gründe der Reform wissen wollen.

Anmerkungen von meiner Seite sind eigentlich gar nicht mehr nötig. Allerdings ist mir aufgefallen, dass zwischen *Riesenhuber* und *Röthel* bei allen Unterschieden hinsichtlich der Bewertung der bisherigen deutschen Diskussion zur Privatautonomie doch insoweit Einigkeit besteht, als beide meinen, dass das Wesen der Privatautonomie und deren Einordnung einer nüchternen und sachlichen Erörterung bedürfen. Ich möchte daher gerne einige ergänzende Bemerkungen dazu machen, unter welchen Gesichtspunkten eine solche Untersuchung der Privatautonomie erfolgen könnte. Auch für das von *Yoshimasa* vorgestellte japanische Recht werden vielleicht durch die Heranziehung dieser Gesichtspunkte Regelungsinhalte und Probleme deutlicher.

---

\* Professor, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

## II. VERSCHIEDENE GESICHTSPUNKTE FÜR EINE NÄHERE UNTERSUCHUNG

Ich möchte im Folgenden drei Aspekte aufgreifen.

### 1. *Inhalt und Gegenstand der Privatautonomie – natürliche Freiheit und institutionelle Freiheit*

Der erste Gesichtspunkt betrifft die Frage, *was* die Privatautonomie zum Inhalt bzw. Gegenstand hat. Privatautonomie bedeutet die Freiheit zu entscheiden, ob man etwas macht oder nicht. Es stellt sich dabei aber die Frage, welche Handlungen mit „etwas machen“ gemeint sind. Je nachdem, ob man vom Vorhandensein bestimmter Institute ausgeht, kann man natürliche Handlungen, die keine Institute voraussetzen, und institutionelle Handlungen, die das Bestehen bestimmter Institute voraussetzen, unterscheiden.<sup>1</sup>

Spazieren gehen, Sake trinken, Auto fahren, einen Aufsatz schreiben, ein Kind bekommen sind beispielsweise Handlungen, die keinerlei Institute voraussetzen, sondern typische Beispiele für natürliche Handlungen. Handlungen wie etwa einen Vertrag zu schließen, ein Testament zu machen, oder einen Verein zu gründen, setzen hingegen jeweils das Institut des Vertrags, des Testaments bzw. des Vereins voraus. Dies sind typische institutionelle Handlungen.

Ausgehend von dieser Einteilung der Handlungen lässt sich auch bei der Freiheit zwischen der Freiheit, eine natürliche Handlung auszuführen (der natürlichen Freiheit), und der Freiheit, eine institutionelle Handlung auszuführen (der institutionellen Freiheit), unterscheiden. Die allgemeine Handlungsfreiheit bezieht sich auf die natürliche Freiheit, während die Vertragsfreiheit nichts anderes als eine institutionelle Freiheit ist.

Wenn man im Zivilrecht von Privatautonomie spricht, dann meint man damit wohl vor allem die Freiheit, Rechtsgeschäfte zu schließen, also die institutionelle Freiheit. Institutionelle Freiheit ist die Freiheit, eine Handlung, die von einem bestimmten Institut vorgesehen ist, vorzunehmen. Ein solches Institut umfasst gewöhnlich auch die Regel, dass die entsprechende Handlung bindend ist. Im Fall des Vertrages ist dies die Regel *pacta sunt*

---

1 Zur Unterscheidung zwischen natürlichen Handlungen und institutionellen Handlungen siehe K. YAMAMOTO, *Gendai shakai ni okeru ribelarizumu to shiteki jichi* [Liberalismus und Privatautonomie in der modernen Gesellschaft] (2), *Hōgaku Ronsō* 133 Nr. 5 (1993) 4 ff.; DERS., *Kōjo ryōzoku-ron no sai-kōsei* [Neukonzeption der Lehre von der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten] (Tōkyō 2000) 21 ff. Diese Unterscheidung entspricht der Ansicht von *Höfling* (W. HÖFLING, *Vertragsfreiheit* (Heidelberg 1991) 20 ff.), die sich wiederum auf die von *Alexy* (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (Frankfurt am Main 1986) 211 ff.) vertretene Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und Kompetenz gründet.

*servanda*. Die Selbstverantwortung ist damit bereits in dem Institut enthalten. Man kann sagen, dass eine in diesem Sinn verstandene Privatautonomie ganz selbstverständlich von Selbstverantwortung begleitet wird.

Von den von Yoshimasa angeführten Punkten lässt sich bei der Umwandlung von Realverträgen in Konsensualverträge sowie bei den Voraussetzungen der Haftung für Nichterfüllung und der Haftung für Vertragswidrigkeit von einer Erweiterung des Bereichs einer so verstandenen institutionellen Selbstverantwortung sprechen. Demgegenüber lässt sich beim Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie bei der Änderung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Verringerung des Bereichs einer solchen Selbstverantwortung erkennen.

Für natürliche Handlungen besteht jedoch kein Institut, das ihre Verbindlichkeit vorsieht. Wer die aus einer solchen Handlung entstehenden Nachteile zu tragen hat, ist daher durch eine von den angesprochenen Instituten zu unterscheidende rechtliche Regelung zu bestimmen. Die fundamentalste derartige Regel ist der Grundsatz *casus sentit dominus*. Geht man bei Regen spazieren und erkältet sich oder trinkt man zu viel Sake, so dass einem schlecht wird, dann kann man das zwar auch als Selbstverantwortung ansehen, richtiger ist es aber wohl, den Grundsatz *casus sentit dominus* heranzuziehen, wonach der entstandene Nachteil nicht auf einen anderen abgewälzt werden kann.

Wenn es demgegenüber darum geht, dass man das Kind, das man zur Welt gebracht hat, aufziehen muss, dann werden das wohl nur wenige als „Selbstverantwortung“ bezeichnen; jedenfalls besteht sicherlich nicht nur eine ethische, sondern auch eine rechtliche Verpflichtung dazu. Diese Pflicht gründet sich auf die verschiedenen Regelungen, die das Institut des Kindschaftsrechts bilden. Dieses Institut setzt sich aus Vorschriften zusammen, die eine natürliche Handlung, nämlich das Gebären eines Kindes, als Tatbestandsvoraussetzung haben, an deren Vorliegen bestimmte Folgen anknüpfen. In diesem Sinne unterscheidet sich diese Verpflichtung von einer rechtsgeschäftlich begründeten Pflicht: es handelt sich um eine gesetzliche Pflicht.

In ähnlicher Weise kann sich beispielsweise dann, wenn man einem anderen gegenüber falsche Angaben gemacht hat, aus einer natürlichen Handlung eine Haftung gegenüber demjenigen ergeben, der auf diese Angaben vertraut. Das ist das, was *Flume* ein „rechtlich relevantes Verhalten“ nennt,<sup>2</sup> bzw. von *Canaris* als „Vertrauenshaftung“ bezeichnet wird.<sup>3</sup> Auch hier handelt es sich um eine gesetzliche Haftung, die sich auf Regelungen stützt,

---

2 W. FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft (3. Aufl., Berlin 1979) 113 ff.

3 C.-W. CANARIS, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (München 1971).

die an die Vornahme oder Nichtvornahme einer Handlung als Tatbestandsvoraussetzungen eine bestimmte Haftung knüpfen. Auch hier kann man zwar von Selbstverantwortung sprechen, die Verbindlichkeit ist aber, anders als bei Rechtsgeschäften, nicht bereits von dem jeweiligen Institut umfasst.

Yoshimasa hat in seinem Vortrag darauf hingewiesen, dass die Selbstverantwortung auch bei der Verjährung eine Rolle spielt. Insbesondere wenn der Beginn der Verjährungsfrist an einem subjektiven Kriterium, nämlich der Kenntnis von der Möglichkeit der Ausübung des Rechts, festgemacht wird, kann man den Verlust des Rechts durch Verjährung als Ausdruck der Selbstverantwortung ansehen.

## 2. *Eingriffe in die Privatautonomie – tatsächliche Eingriffe und rechtliche Eingriffe*

Der zweite Gesichtspunkt betrifft die Frage, *auf welche Weise* ein Eingriff in die Privatautonomie erfolgt. Hier kann man zwischen tatsächlichen und rechtlichen Eingriffen unterscheiden.<sup>4</sup>

Sind beispielsweise aufgrund der überaus starken wirtschaftlichen Macht eines Unternehmers alle anderen gezwungen mit diesem Unternehmer Verträge unabhängig von deren jeweiligen Inhalt zu schließen, so verlieren sie faktisch die Freiheit zu entscheiden, ob sie den Vertrag abschließen wollen oder nicht. Dies stellt einen tatsächlichen Eingriff dar. Ist ein Unternehmer hingegen gesetzlich dazu gezwungen, mit anderen Verträge abzuschließen, auch wenn er dies nicht will, dann handelt es sich um einen rechtlichen Eingriff.

Bei den von Riesenhuber genannten Beispielen der Verbraucherverträge und der Diskriminierungsverbote, sowie den von Yoshimasa angesprochenen Vorschriften zum Schutz „Schwächerer“ und zu AGB geht es jeweils um beide Arten von Eingriffen. Aufgrund des tatsächlichen Eingriffs in die Privatautonomie einer der Parteien kommt es durch den Erlass von Vorschriften zu deren Schutz zu rechtlichen Eingriffen in die Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht nur der anderen Partei, des Unternehmers, sondern auch des Verbrauchers und Kunden selbst. Je nachdem welche Seite man mehr betont, bekommt die Diskussion einen anderen Inhalt.

---

4 Zur Unterscheidung zwischen tatsächlichen und rechtlichen (durch ein Rechtsinstitut herbeigeführten) Eingriffen siehe K. YAMAMOTO, *Keiyaku-hō no gendai-ka II* [Modernisierung des Vertragsrechts, Bd. 2] (Tōkyō 2018) 12.

### 3. Einordnung der Privatautonomie – Privatautonomie als Wert und als Mittel

Der dritte Gesichtspunkt betrifft die Frage, *wie* die Privatautonomie einzuordnen ist.

In der deutschen Rechtsgeschäftslehre, mit der sich Riesenhuber in seinem Vortrag auseinandergesetzt hat, wurde die Privatautonomie bisher als etwas angesehen, das einen Wert an sich und noch dazu einen fundamentalen Wert darstellt. Da die Privatautonomie für sich genommen ein Wert ist, muss sie soweit als möglich verwirklicht werden. Wenn Riesenhuber die Privatautonomie als „Prinzip“ einstuft, dann geht dies ebenfalls von demselben Verständnis aus. Röthel kann man hingegen so verstehen, dass sie diese Ansicht als zu weitgehend kritisiert.

Demgegenüber gibt es auch eine Ansicht, wonach die Privatautonomie ein Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks darstellt. Diese zeigt sich in Grundzügen bereits in dem von *Schmidt-Rimpler* entwickelten Gedanken der Richtigkeitsgewähr,<sup>5</sup> auf den auch Riesenhuber eingegangen ist. Demnach stellen freie Verträge zwischen paritätischen Parteien ein Mittel zur Verwirklichung einer „richtigen“ Ordnung dar.

Diese Ansicht rückt im Zuge der Verbreitung der ökonomischen Analyse des Rechts (*law and economics*) zunehmend in den Fokus. In Japan wird diese insbesondere im Gesellschafts-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht zunehmend zur vorherrschenden Strömung.<sup>6</sup> Demnach lassen sich dann, wenn durch Privatautonomie und Vertragsfreiheit allein keine wünschenswerten, d. h. effizienten, Ergebnisse erzielt werden können, Eingriffe rechtfertigen, die der Verwirklichung solcher Ergebnisse dienen. Wenn jedoch umgekehrt durch die Vornahme von Eingriffen die Verwirklichung effizienter Ergebnisse verhindert wird, dann dürfen derartige Eingriffe nicht vorgenommen werden. Yoshimasa hat beispielsweise darauf hingewiesen, dass es hinsichtlich der Regelungen zum Schutz Schwächerer und zu AGB von Seiten der Unternehmer heftigen Widerstand gegen diese Eingriffe gegeben hat. Das beruht zum Teil natürlich auch darauf, dass die Unternehmer auf ihren Eigennutzen po-

---

5 W. SCHMIDT-RIMPLER, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *Archiv für die civilistische Praxis* 147 (1941) 130 ff., insb. 156 ff.; DERS., Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: FS Nipperdey zum 60. Geburtstag (München/Berlin 1955) 1, insb. 5 ff.

6 Vgl. W. TANAKA, *Shōhō-gaku ni okeru hō-kaihsaku no hōhō* [Die Methode der Rechtsauslegung in der Lehre des Handelsrechts], *Minshō-hō Zasshi* 154 Nr. 1 (2018) 36 ff.

chen, man kann dies aber auch als Hinweis darauf verstehen, dass die Gefahr besteht, dass die Erzielung effizienter Ergebnisse verhindert wird.

Riesenhuber ist auf diese Ansicht, die Privatautonomie als Mittel zur Erreichung eines Zwecks einstuft, meines Erachtens nicht näher eingegangen. Mich würde interessieren, wie er, aber auch Röthel, sowie die anderen deutschen Teilnehmer, darüber denken.

### III. SCHLUSS

Damit komme ich zum Ende meiner Bemerkungen. Die drei genannten Gesichtspunkte sind möglicherweise nicht nur für den jetzigen, den allgemeinen Fragen gewidmeten Teil unserer Tagung von Belang, sondern auch für die folgenden Teile. Es würde mich daher freuen, wenn ich eine kleine Hilfestellung für die folgenden Diskussionen geben konnte.

## **II. Privatautonomie im Familien- und Erbrecht**



# Autonomie im Familienrecht in der Gegenwart

*Anne Röthel\**

- I. Autonomie und Familienrecht
- II. Veränderliche Autonomie
- III. Ausgewählte Gegenwartsdebatten
  1. Autonomie und Elternrecht am Beispiel der Beschneidung
  2. Autonomie und Geschlecht am Beispiel der Intersexualität
- IV. Zusammenführung und Zukunftsfragen

Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts lagen Autonomie und Familienrecht weit auseinander. Dagegen erzählen wir uns die Geschichte des Familienrechts im 20. Jahrhundert als eine Geschichte großer Autonomiegewinne. Doch gibt Autonomie dem Familienrecht weder eine eindeutige Entwicklungsrichtung noch einen unanfechtbaren Bestand an Argumenten mit. Vielmehr unterliegt Autonomie im Familienrecht immer wieder schwierigen und grundsätzlichen Aushandlungsprozessen. Der folgende Beitrag nimmt die jüngeren Debatten über die Rechtsstellung intersexueller Personen (BGH, Beschluss vom 22.6.2016, JZ 2016, 1067) und die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen (§ 1631d BGB) zum Anlass, die in diesen Fragen jeweils gegen eine Orientierung des Familienrechts auf Autonomie angeführten Bedenken zu überprüfen.

## I. AUTONOMIE UND FAMILIENRECHT

Autonomie ist keine leichthin fassbare Größe.<sup>1</sup> Autonomie verklammert als Hintergrundvorstellung ein Bündel von Rechten, Rechtsgütern, Rechtsinstituten und Prinzipien, denen gemeinsam ist, den Einzelnen und sein indivi-

---

\* Die Autorin lehrt Privatrecht an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Dies lässt sich schon daran ablesen, wie unterschiedlich Autonomie in Rechtsdiskursen verwendet werden kann. Häufig begegnet Autonomie als beschreibendes Synonym für jede Art von rechtlich eröffneter oder abgesicherter Selbstentscheidung, Willensverwirklichung und Handlungsfreiheit. Aber Autonomie kann auch rechtspolitisch und rechtskritisch auf das Recht bezogen werden als gesellschaftliches Ideal und Leitvorstellung. Es handelt sich bei Autonomie daher um einen stark assoziativen und in vielerlei Hinsicht „diffizilen“ Begriff mit weitem Begriffsfeld; siehe nur die Beiträge in: C. BUMKE/A. RÖTHEL (Hrsg.), *Autonomie im Recht* (Tübingen 2017), dort insbesondere die Einführung von C. BUMKE (S. 3 ff.) und meinen Überblick über die Forschungsgespräche über Autonomie (S. 45 ff.).

duelles Wünschen („Selbstbestimmung“) in den Mittelpunkt des Rechts zu rücken. Die Vehikel, durch die Autonomie von einer unspezifischen gesellschaftlichen Vorstellung in das „harte“ justiziable Familienrecht transportiert wird, sind einerseits die Grundrechte, andererseits die Rechtsinstitute des einfachen Rechts. Aus den Grundrechten haben sich immer dichtere Autonomie-Erwartungen an das Familienrecht herauskristallisiert, vom Recht auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper<sup>2</sup> und das eigene Sterben<sup>3</sup> über das Recht auf Identität,<sup>4</sup> das Recht auf Selbstdarstellung,<sup>5</sup> das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung,<sup>6</sup> das Recht auf selbstbestimmte Sexualität<sup>7</sup> und das Recht auf Reproduktion.<sup>8</sup> Als wesentliche Quellen dieses grundrechtlichen Autonomieprofils gelten die allgemeine Handlungsfreiheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Menschenwürde.<sup>9</sup> Doch beschreiben die Grundrechte zunächst nur die Außengrenzen des für Autonomie durch das Recht geöffneten Raums. Die Einsicht, dass Leib und Leben, Persönlichkeit und Sexualität, Ehe und Familie Grundrechtsschutz genießen, bedeutet in erster Linie, dass der Staat diese Rechte grundsätzlich nicht antasten darf, etwa durch körperliche Zwangsbehand-

2 Gestützt auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, BVerfGE 128, 282, 299 f. und auch schon BVerfGE 79, 174, 201.

3 Gestützt auf Art. 2 Abs. 1 GG i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, BGHSt 55, 191, 204.

4 BVerfGE 35, 202, 220; BVerfGE 79, 256, 268.

5 BVerfGE 35, 202, 220; siehe auch BVerfGE 54, 148, 155 f.; BVerfGE 82, 236, 269; dazu G. BRITZ, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung* (Tübingen 2007) 44 ff.

6 BVerfGE 79, 256, 268 f.; BVerfGE 96, 56, 63 ff.

7 BVerfGE 47, 46, 73.

8 BVerfGE 79, 174, 201 f.; BVerfGE 128, 109, 130 f.; Weiterführungen bei D. COESTER-WALTJEN, *Reproduktive Autonomie aus rechtlicher Sicht*, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), *Patientenautonomie* (Münster 2013) 222 ff.; T. GUTMANN, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung* (Frankfurt a. M. 2016) 63, 67 ff.; W. HEUN, *Restriktionen assistierter Reproduktion aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in: Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg.), *Umwege zum eigenen Kind* (Göttingen 2008) 49, 51 ff.; J. F. LINDNER, *Verfassungsrechtliche Aspekte eines Fortpflanzungsmedizingesetzes*, in: Rosenau (Hrsg.), *Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland* (Baden-Baden 2012) 127, 137 ff.

9 So BVerfGE 49, 286, 298; später etwa BVerfGE 115, 1, 14. Im verfassungsrechtlichen Schrifttum wird Autonomie teilweise enger in Bezug zur Menschenwürde gesehen, etwa bei H. DREIER, in: Dreier (Hrsg.), *GG, Kommentar*, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 137, 157; G. DÜRIG, in: Maunz/Dürig, *GG, Kommentar*, Stand: 1958, hier zitiert nach dem Sonderdruck der Kommentierungen von Dürig zu Art. 1 und 2 GG, 2003, Art. 1 Rn. 18: Autonomie als Kern der Menschenwürde. Eine Gegenseit geht dahin, Autonomie sowohl als „äußere“ Handlungsfreiheit als auch innere „Entschließungsfreiheit“ allein in Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit einerseits, Allgemeines Persönlichkeitsrecht andererseits) abzubilden, unter „Abkopplung“ von Art. 1 Abs. 1 GG; siehe BRITZ (Fn. 5) 6 ff., 25 f.

lungen.<sup>10</sup> Er ist darüber hinaus in gewissen Grenzen verpflichtet, diese Rechte auch gegen Beeinträchtigungen Dritter zu schützen.<sup>11</sup> Vor allem aber folgt aus den Grundrechten die Erwartung an das einfache Recht, mit Rechtsinstituten und Handlungsformen einen Raum zu schaffen, in dem sich Persönlichkeit, geschlechtliche Selbstwahrnehmung und sexuelle Orientierung, Paarbeziehung und Elternschaft sowie Selbstbestimmung bei Alter und Krankheit im Rechtsleben entfalten können.<sup>12</sup> Es ist das einfache Personen- und Familienrecht, das den Einzelnen mit seinen Rechtsinstituten, Verfahren, Registern, Handlungsformen und Ansprüchen erst in die Lage versetzt, in Bezug auf seine Rechte und Rechtsgüter nach den eigenen Wünschen zu leben und diesen Wünschen zu rechtsförmiger Anerkennung zu verhelfen.

Heute vermittelt Autonomie einen gemeinsamen Bezugspunkt für die gesamte Breite dessen, was wir gemeinhin unter Familienrecht fassen. Zugleich klingt Autonomie nicht so bedeutungsschwer und gesprächsbegrenzend wie Menschenwürde. Daher werden familienrechtliche Debatten heute eher über Autonomie als über Menschenwürde geführt, wenn es um die Verarbeitung von neuen Bedürfnissen oder neuen Gefährdungslagen geschieht: Es geht um „Patientenautonomie“, „Elternautonomie“, „sexuelle Autonomie“, „Autonomie im Alter“ und „reproduktive Autonomie“. Auf diese Weise lassen sich familienrechtliche Debatten auch leichter über das Denken in den Kategorien „verfassungsrechtlich zulässig“ und „verfassungsrechtlich geboten“ hinausführen. Bei aller Unschärfe, die mit Autonomie verbunden ist, ist sie zu einer integrierenden Vorstellung im Familienrecht geworden: wie ein großer Raum, der von mehreren Seiten betreten werden kann, ohne dass sich die Gesprächspartner hierarchisieren müssten.

## II. VERÄNDERLICHE AUTONOMIE

Der Rückblick lehrt indes, dass Autonomie und Familienrecht nicht immer so nah beieinander lagen. Für die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts stand das Familienrecht für den Ort im Privatrecht, dem es am wenigsten um Autonomie zu tun ist, sondern primär um Ordnung, um Säkularisierung und Sittengesetz, um Bevölkerungs- und Beschäftigungspolitik, um die Wahrung von Institutionen, die das eigene Wünschen im Zivilisationsinteresse mehr bändigen als befördern.<sup>13</sup> Nach wie vor wird das Familienrecht häufig in

---

10 Dazu BVerfGE 128, 282, 300 ff.

11 Siehe BVerfGE 101, 361 ff.; BVerfGE 120, 180 ff. zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

12 So für die Privatautonomie BVerfGE 89, 214, 231 f.

13 Siehe nur F. C. v. SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1 (Berlin 1840) § 53, S. 343; ähnlich B. WINDSCHEIDT/T. KIPP, Lehrbuch des Pandekten-

seiner Andersartigkeit gemessen am Schuldvertragsrecht wahrgenommen. Während es dem Familienrecht um die Ausprägung von Statusverhältnissen durch weithin zwingendes Recht gehe,<sup>14</sup> stehe das Vermögensrecht unter dem Leitstern der Privatautonomie: „Anders als das Privatrecht sonst ist das Familienrecht vorwiegend zwingendes Recht“.<sup>15</sup> Doch wird man heute ein anderes Bild vom Verhältnis von Autonomie und Familienrecht zeichnen müssen. Fast scheint es, als hätte sich das Blatt gewendet: Während sich Autonomie im Familienrecht im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu einer Leitvorstellung entwickelt hat, wird nun im vertraglichen Vermögensrecht das Läuten der „Totenglocke“ der Privatautonomie vernommen.<sup>16</sup> Von solcher Endzeitstimmung im Hinblick auf Autonomie ist im Familienrecht wenig zu spüren, jedenfalls wenn man von den Aufregungen rund um die Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Angehörigenbürgschaften einmal absieht.

Um nur einige Beispiele zu nennen: Wir kennen keine Entmündigung mehr, sondern haben mit der rechtlichen Betreuung die Selbstbestimmung des schutzbedürftigen Erwachsenen und die Subsidiarität der Fremdentcheidung in den Mittelpunkt des Erwachsenenschutzrechts gerückt. Die Entscheidung über den eigenen Körper und das eigene Sterben sind im Verlauf des vergangenen Jahrhunderts der rechtsgeschäftlichen Bestimmung überhaupt erst zugeführt worden und werden inzwischen ganz selbstverständlich unter den Topoi „Patientenautonomie“ und „Autonomie im Alter“ als Fragen von Autonomie thematisiert. Ähnlich lassen sich die großen Entwicklungslinien im Recht der Paarbeziehungen zusammenfassen. Oder wie es für das Eherecht resümiert wurde:

„Gesetzgebung und Rechtsprechung der ersten Jahrhunderthälfte [des 20. Jh., Anm. der Verf.] basierten auf dem Konzept der Heteronomie, die großen Reformen der zweiten Hälfte [...] zogen die Idee der Autonomie vor.“<sup>17</sup>

---

rechts, Bd. 3 (9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906) §§ 490, 513; siehe für die Ehe Motive zum BGB bei B. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV (Berlin 1899) 301.

- 14 Vgl. K. MUSCHELER, Familienrecht (3. Aufl., München 2013) § 6 Rn. 95; P. A. WINDEL, Status und Realbeziehung, in: Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status und Solidarität (Tübingen 2008) 1, 10 f.
- 15 E. KOCH, in: F. Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (6. Aufl. München 2013) Einführung vor § 1297 Rn. 46; genauso T. RAUSCHER, Familienrecht (2. Aufl., Heidelberg 2008) § 3 Rn. 66.
- 16 Etwa T. REPGEN, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung (Berlin 2008) 13 ff.; Relativierungen bei A. RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Bumke/Röthel (Fn. 1) 91, 98 ff.
- 17 G. STRUCK, Heteronomie, Autonomie und Privatheit der Ehe, Familie und Recht 1996, 118 ff.

Das Recht hat sich aus den Inhalten der ehelichen Lebensgemeinschaft weithin zurückgezogen.<sup>18</sup> Hinzu kommt die rechtsförmige Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paarbeziehungen mit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes und die Aufwertung nichtehelichen Zusammenlebens zur Rechtsgemeinschaft.<sup>19</sup> Die rechtlichen Kategorien, mit denen Paarbeziehungen heute vom Recht gebündelt werden, decken eine bislang ungekannte Bandbreite von Lebensentwürfen ab.

Schließlich haben auch im Kindschaftsrecht Verschiebungen stattgefunden, die sich als stärkere Orientierung auf Autonomie resümieren lassen. Das Kind wurde vom Objekt väterlicher Herrschaft zum mündigen Subjekt,<sup>20</sup> und sowohl bei der Zuweisung als auch bei der Ausübung der elterlichen Sorge ist der Gedanke der Autonomie in den Vordergrund gerückt.<sup>21</sup> Alles dies zusammengenommen, leuchtet es daher ein, wenn *Dagmar Coester-Waltjen* resümiert: Das Familienrecht „der Gegenwart respektiert [...] wenigstens weithin (vornehmlich bei der Gestaltung der persönlichen Beziehungen) die Autonomie der Familienmitglieder“.<sup>22</sup>

### III. AUSGEWÄHLTE GEGENWARTSDEBATTEN

Doch ist dieses Familienrecht der Gegenwart keine statische Angelegenheit. Ständig werden neue Fragen an Rechtsprechung und Gesetzgebung herangezogen, und immer wieder gilt es, rechtliche Vorstellungen von Autonomie zu präzisieren und über das Verhältnis von Autonomie und Familienrecht zu verhandeln. Mit welchen Schwierigkeiten dies verbunden ist und wie sich gleichwohl hier und dort „Haltepunkte“ ausmachen lassen, soll an zwei Beispielen erläutert werden: der nicht-medizinischen Beschneidung von Jungen und der Rechtsstellung intersexueller Personen. Beide Beispiele machen erfahrbar, wie leicht wir an Punkte gelangen, an denen bisherige Vorstellungen darüber, wo das Familienrecht dem individuellen Willen Grenzen ziehen sollte, ins Wanken geraten und sowohl gesellschaftspolitisch als auch rechtlich neu auszutarieren sind. Darüber hinaus stehen diese beiden Debatten exemplarisch für unterschiedliche Wirkweisen von Autonomie im Familienrecht. Im Verhältnis von Elternrecht und Beschneidung wird Autonomie thematisiert als Frage der Anerkennung von Selbstregelungsbefugnissen in

---

18 Nachzeichnung bei A RÖTHEL, *Institution und Intimität: Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht*, in: Röthel/Löhnig/Helms, *Ehe, Familie, Abstammung* (Frankfurt a.M. 2010) 9 ff.

19 BGHZ 177, 193 ff.

20 BVerfGE 59, 360, 387 f.; BGHZ 29, 33 ff.

21 BVerfGE 61, 358, 374 ff.; BVerfGE 84, 168 ff.

22 J. GERNHUBER/D. COESTER-WALTJEN, *Familienrecht* (6. Aufl., München 2010) § 1 Rn. 19.

familialen Innenverhältnissen (unten 1.), während die Rechtsstellung von intersexuellen Personen Autonomie als Verteidigung von Grundrechtsgütern thematisiert, hier das Recht auf Integrität und Identität (unten 2.).

### *1. Autonomie und Elternrecht am Beispiel der Beschneidung*

Im Eltern-Kind-Verhältnis begegnet Autonomie heute in mehrfacher Gestalt als Leitvorstellung: einerseits als Autonomie des Kindes, wenn es darum geht, dass dem Kind ein möglichst großer Raum der Selbstentscheidung gegenüber seinen Eltern gesichert werden soll,<sup>23</sup> andererseits als Elternautonomie im Hinblick auf die Zuweisung<sup>24</sup> und schließlich – worum es im Folgenden gehen wird – die Reichweite der elterlichen Sorge. Charakteristisch für die Elternautonomie ist ihre Festlegung auf ein bestimmtes Ziel: Das Elternrecht steht den Eltern zur „Pflege und Erziehung“ ihrer Kinder zu (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). Daraus erklärt sich das Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG), das seinen einfachrechtlichen Ausdruck wiederum in den staatlichen Handlungsbefugnissen bei Gefährdungen des Kindeswohls (§ 1666 BGB) gefunden hat. Wie weit die elterlichen Vorstellungen über ein gutes Leben gehen dürfen und ab wann Jugendämter und Gerichte im Namen des Kindeswohls korrigierend eingreifen dürfen oder müssen, ist Gegenstand fortwährender gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Ausverhandlungen. In mitunter rasanter Geschwindigkeit finden Umbewertungen und Trendwenden statt. Nach erschütternden Erfahrungen von Kindesmissbrauch und Vernachlässigung lesen sich die Reformen des Jugendhilfe- und Kindschaftsrechts der Jahre 2005,<sup>25</sup> 2008<sup>26</sup> und 2011<sup>27</sup> als Trendumkehr in Richtung „mehr“ staatliches Wächteramt. Die Jugendhilfe wurde zum Mitträger des Wächteramts ernannt, die Eingriffsschwellen für Behörden und Familiengerichte wurden gesenkt, ihre Aufgaben in Richtung Prävention und Vorfeldschutz weiterentwickelt, und es sind auf Länderebene Screeningverfahren etabliert worden.<sup>28</sup> Im Schrifttum ist diese Betonung

---

23 Dazu etwa D. REUTER, *Elterliche Sorge und Verfassungsrecht*, AcP 192 (1992) 109, 125 ff. sowie eingehend F. WAPLER, *Kinderrechte und Kindeswohl* (Tübingen 2015) 89 ff. (verfassungsrechtlich), 329 ff. (rechtsphilosophisch).

24 Siehe nur M. COESTER, *Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern*, FamRZ 1996, 1181 ff.; U. BÜDENBENDER, *Elterliche Entscheidungsautonomie für die elterliche Sorge nach geltendem Recht und nach dem Entwurf eines Kindschaftsrechtsreformgesetzes*, AcP 197 (1997) 197 ff.

25 *Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz vom 6.9.2005* (BGBl. I S. 2729).

26 *Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4.7.2008* (BGBl. I S. 1188).

27 *Bundeskinderschutzgesetz vom 22.12.2011* (BGBl. I S. 2975).

28 Etwa §§ 5 ff. *rheinland-pfälzisches Landesgesetz zum Schutz von Kindeswohl und Kindergesundheit* (LKISchG).

des Wächteramts als „fundamentale Akzentverschiebung“ im Gesamtkonzept des staatlichen Kinderschutzes wahrgenommen worden.<sup>29</sup>

a) *LG Köln, Urteil vom 7.5.2012 und § 1931d BGB*

In dieses rechtspolitische Gesamtbild hatte es sich bruchlos eingefügt, als das LG Köln in einem Strafverfahren die Vorstellung entwickelte, dass Eltern nicht wirksam in eine nicht-medizinisch motivierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Jungen einwilligen könnten.<sup>30</sup> Doch ist die weitere Entwicklung bekanntlich anders verlaufen: Nur wenige Monate später korrigierte der Gesetzgeber zugunsten des elterlichen Sorgerechts und entschied mit § 1631d BGB, dass die Personensorge grundsätzlich auch das Recht umfasst, „in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll“.<sup>31</sup> Im familienrechtlichen Schrifttum hat vielen indes die Haltung des LG Köln mehr eingeleuchtet als der Gegenstandspunkt des Gesetzgebers. Es wurden einerseits die medizinischen Annahmen über Komplikationen und Langzeitfolgen bezweifelt, von denen sich der Gesetzgeber bei seiner Einschätzung hat leiten lassen.<sup>32</sup> Andererseits wurde eingewendet, dass es sich bei der Beschneidung um eine irreversible Veränderung der körperlichen Integrität handelt, die schon aufgrund ihrer Irreversibilität nicht vom Elternrecht gedeckt sei.<sup>33</sup> In den ersten Reaktionen auf die gesetzliche Regelung überwog daher die Kritik. Dass sich der Gesetzgeber gleichwohl für die Eröffnung einer elterlichen Einwilligungsbefugnis in die Beschneidung von männlichen Kindern aus nicht-medizinischen Gründen entschied, war vielen nur in Anerkennung der Religionsfreiheit, nicht aber im Hinblick auf die Elternautonomie erklärbar.<sup>34</sup>

---

29 E. SCHUMANN, Beschneidung nach § 1631d BGB als Kindeswohlgefährdung?, in: Festschrift für Bruder Müller (München 2014) 729, 741.

30 LG Köln NJW 2012, 2128, 2129.

31 Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes v. 20.12.2012 (BGBl. I S. 2749).

32 SCHUMANN (Fn. 29) 729, 733 ff.

33 So auch das zentrale Argument von LG Köln NJW 2012, 2128, 2129 Rn. 14: Der Körper des Kindes werde „dauerhaft und irreparabel verändert“; gleichsinnig N. DETHLOFF, Familienrecht (31. Aufl., München 2015) § 13 Rn. 64: Eingriff in die körperliche Unversehrtheit; A. SPICKHOFF, Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder, FamRZ 2013, 337, 342: Kindeswohlgefährdung wegen der „begrenzten Reversibilität“ des Eingriffs.

34 So etwa SPICKHOFF (Fn. 33) 342, der in Zweifel zieht, ob „wirklich andere als religiös zwingende Gründe einen entsprechenden Eingriff in die körperliche Integrität eines Kindes [legitimieren]“; ihm folgend SCHUMANN (Fn. 29) 729, 734, 736.

Vergegenwärtigt man sich noch einmal, welchen Weg das Familienrecht zur heutigen Kindeswohlorientierung hinter sich hat, ist diese Haltung verständlich. Sie erinnert uns daran, dass die Emanzipation des Kindes aus naturalistisch gegründeter elterlicher Gewalt und die Überwindung elterlicher Herrschaftsrechte noch nicht so lange zurück liegen. Daher haben Elternrechte und eine darauf gestützte Elternautonomie in diesem Ausverhandlungsprozess über die nicht-medizinische Beschneidung von Jungen praktisch keine Rolle gespielt. Dogmatisch steht dahinter die Vorstellung des Elternrechts als Pflichtrecht. Das Elternrecht, sei „kein Freiheitsrecht zu Selbstbestimmung“.<sup>35</sup> Es sei den Eltern nicht um ihrer selbst willen gewährt, sondern gehe vollständig in der Verpflichtung gegenüber dem Kind auf, so die ganz überwiegende Lesart des Elternrechts im familienrechtlichen Schrifttum.<sup>36</sup> Elternautonomie tritt danach nur als elterliches Interpretations- und Konkretisierungsprimat des Kindeswohls in Erscheinung.

Diese Konzeption des Elternrechts als einem ausschließlich fremdnützigem, ganz in der Kindesverpflichtung aufgehenden Rechts hatte den seinerzeit wichtigen Vorzug, die Eltern-Kind-Beziehungen in das Recht zu überführen, ohne den Eltern ein Herrschaftsrecht über ihr Kind einzuräumen.<sup>37</sup> Dafür wird auch die bisherige Deutungspraxis des BVerfG für Art. 6 Abs. 2 GG fruchtbar gemacht.<sup>38</sup> Wie die Reaktionen der Familienrechtswissenschaft in der Beschneidungsdebatte zeigen, weckt der Hinweis auf Elternautonomie heute eher Unbehagen, Skepsis und Misstrauen. Elternautonomie klingt in den Ohren vieler als heimliche Rückkehr zu überwundenen Herrschaftsvorstellungen im Eltern-Kind-Verhältnis. Zugleich ist man sich ziemlich sicher, vor welchen elterlichen Gefahren ein Kind mit den Mitteln des Rechts zu schützen ist. Damit deuten sich zwei Punkte an, von denen aus sich eine Gegenseite entwickelt lässt. Die gesetzliche Entscheidung

---

35 L. M. PESCHEL-GUTZEIT, in: J. von Staudinger et al. (Hrsg.), Neubearbeitung 2015 § 1626 Rn. 7.

36 Diese Betonung findet sich im Zusammenhang mit der Beschneidungsdebatte etwa bei SPICKHOFF (Fn. 33) 337 ff.; allgemein P. HUBER, in: F. Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (6. Aufl., München 2012) § 1626 Rn. 3, 7: „Pflichtrecht“; F. BROSIUS-GERSDORF, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar (3. Aufl., Tübingen 2013) Art. 6 Rn. 142; relativierend F. OSSENBÜHL, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes (Berlin 1981) 43 ff.: keine vollständige „Aufzehrung“ des Elternrechts durch die Elternpflicht.

37 REUTER (Fn. 23) 112.

38 Siehe nur BVerfGE 61, 358, 371 f.: „Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts gilt in erster Linie dem Schutz des Kindes. [...] Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG statuiert [...] Grundrecht und Grundpflicht zugleich. Man hat das Elternrecht daher ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit genannt (vgl. BVerfGE 59, 360 [376 f.]).“

zugunsten der Elternautonomie unterstreicht die Rechtssubjektivität der Eltern (unten b) und dient der Bewältigung von Wissens- und Wertungsfragen (unten c). Dies bezeichnet zugleich typische Vorzüge von Autonomieorientierung bei der Regulierung von familiären Innenverhältnissen, die sich auf das Innenverhältnis von Ehegatten/Lebenspartnern und auf Erwachsenenschutzverhältnisse übertragen lassen.

*b) Autonomie und Rechtssubjektivität*

Jede Anerkennung von Autonomie bedeutet Anerkennung von Rechtssubjektivität. Daher begegnet eine Konzeption des Elternrechts, bei der Elternautonomie nur kindbezogen und nicht auch elternbezogen gedacht wird, durchgreifenden Bedenken. Denn nicht nur Kinder, sondern auch Eltern sind Rechtssubjekte. Eltern sind „keine Erziehungsbeauftragten des Staates, denen das Erziehungsrecht nur um der Kinder willen anvertraut wird“, sondern „Individuen, die sich dafür entschieden haben, ihr Leben mit Kindern zu teilen und Verantwortung für deren Aufwachsen zu übernehmen.“<sup>39</sup> Daher ist, so *Friederike Wapler*, das Elternrecht zugleich ein eigenes Recht der Eltern gegenüber dem Staat darauf, ihr Leben mit ihren Kindern und ihre erzieherischen Entscheidungen nach eigenen Vorstellungen ohne staatlichen Einfluss zu gestalten und verantworten.<sup>40</sup>

Die Vorstellung eines auch elternbezogenen Elternrechts hat weitere Vorzüge. Denn dass das Elternrecht den Eltern die Selbstbestimmung über die Sorge und Pflege des Kindes ausschließlich im Interesse des Kindes verbürgt, dürfte die Realitäten des Familienlebens verfehlen.<sup>41</sup> Vielmehr wird auf diese Weise das zentrale Problem, um das es dem Recht im Eltern-Kind-Verhältnis geht, verklärt und verdeckt, anstatt es sichtbar, transparent und damit auch für das Recht zugänglicher zu machen: die gegebene

---

39 So aus öffentlich-rechtlicher Sicht WAPLER (Fn. 23) 119 f.

40 So zuletzt entfaltet von WAPLER (Fn. 23) 115 ff.; nachdrücklich gegen die „Theorie vom Pflichtrecht“ K. MUSCHELER, *Familienrecht* (3. Aufl., München 2013) § 3 Rn. 33; angedeutet auch bei G. BRITZ, *Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle*, FamRZ 2015, 793, 794: „Das Elternrecht steht den Eltern aber auch um ihrer selbst willen zu.“ – Diese Vorstellung ist nicht unvereinbar mit den konzeptionellen Vorstellungen des BVerfG zum Elternrecht. Wenn das BVerfG ausführt, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts „in erster Linie dem Schutz des Kindes“ gilt (BVerfGE 61, 358, 371), so lässt dies durchaus Raum für eine stärker elternbezogene Deutung des Elternrechts.

41 Dieses Argument findet sich angedeutet auch bei WAPLER (Fn. 23) 117 sowie schon ausgeführt von M. COESTER, *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff* (Frankfurt a.M. 1983) 211 ff.

Asymmetrie des Eltern-Kind-Verhältnisses.<sup>42</sup> Diese Asymmetrie beginnt schon damit, dass es die Eltern sind, die sich aus ganz eigenen Gründen heute bewusst, überlegt und intendiert dazu entschließen, ein Kind „haben“ zu wollen und um diese Grundentscheidung für ein Leben mit ihrem Wunschkind ihr eigenes Lebensmodell entwickeln und formen.<sup>43</sup> Auch der weitere Verlauf des Eltern-Kind-Verhältnisses ist über lange Zeit ein zwangsläufig asymmetrisches und ungleichgewichtiges Verhältnis. Mit dieser Konzeption des Elternrechts als einem auch um der Eltern willen eingeräumtes, elternbezogenes Rechts zur Selbstbestimmung über die Fürsorge und Erziehung ihrer Kinder kommt man also einerseits der Rechtssubjektivität der Eltern näher, andererseits lassen sich die Realitäten des Eltern-Kind-Verhältnisses besser aufnehmen und abbilden.

*c) Autonomie als Regulierungsstrategie*

Aber auch wenn man im Ausgangspunkt Elternautonomie als ein zugleich elternbezogenes Recht der Eltern im Recht verwirklicht, bleibt noch der Einwand, dass sich die Elternautonomie deshalb nicht auf die Entscheidung über die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen erstrecke, weil es sich um einen irreversiblen Eingriff in die körperliche Integrität des Kindes handele und noch zu wenig über Langzeitfolgen bekannt ist. Doch wird mit diesen Einwänden auf Eigentümlichkeiten der Entscheidungssituation aufmerksam gemacht, die genauso gut in die Gegenrichtung gewendet werden können und die uns erklären, warum die mit § 1631d BGB gesetzlich getroffene Entscheidung zugunsten der Elternautonomie eine kluge Regulierungsstrategie bedeutet. Die Anerkennung von Autonomie in familiären Innenverhältnissen eröffnet regulatorische Vorzüge, die sich hier exemplarisch studieren lassen.

*aa) Autonomie als Regulierungsstrategie in ambivalenten Verhältnissen*

Denn das Eltern-Kind-Verhältnis ist nicht nur ein zutiefst asymmetrisches Verhältnis, sondern auch ein Verhältnis, in dem Personen und Lebensläufe auf eine Weise miteinander verflochten sind, die in der Sozialwissenschaft als

---

42 Zu der Unterscheidung zwischen symmetrischen und asymmetrischen personalen Beziehungen siehe schon A. RÖTHEL, Verträge in der Unternehmerfamilie. Überlegungen zur Privatautonomie in personalen Beziehungen, in: Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie (Tübingen 2014) 9, 50 ff.

43 Siehe nur G. BURKART, Die Entscheidung zur Elternschaft (Stuttgart 1994); Y. STÖBEL-RICHER, Kinderwunsch als Intention (Berlin 2000); C. CARL, Gewollt kinderlose Frauen und Männer (Frankfurt a.M. 2002); R. NAVE-HERZ, in: dies. (Hrsg.), Familiensoziologie (Oldenburg 2014) 11 ff.

Ambivalenz umschrieben wird.<sup>44</sup> Eltern sind „Schicksal für ihre Kinder“,<sup>45</sup> im Guten wie im Schlechten, und zwar nicht nur in ökonomischer, sozialer und psychischer Hinsicht, sondern vor allem in körperlicher Hinsicht. Eltern treffen dadurch, wie sie sich selbst sehen und ihr eigenes Leben leben, unablässig Entscheidungen, die sich auf den weiteren Lebensverlauf, die körperliche Konstitution, die sozial-ökonomischen Chancen, die psychische Stabilität und die Identitätsbildung ihres Kindes auswirken.<sup>46</sup> Und diese schicksalhafte Angewiesenheit umfasst, auch wenn man dies vielleicht nicht wahrhaben will, zwangsläufig irreversible Einwirkungen auf den Körper des Kindes: Der von den Eltern für sich gewählte Lebensstil in Bezug auf Ernährung, Bewegung und Hygiene sowie die unterschiedliche Sensibilität für Gesundheitsrisiken, Umwelteinflüsse und jeweils andere Körperwahrnehmungen führen dazu, dass Eltern unumkehrbar und mitunter auch unheilbar auf den Körper und die Gesundheit ihrer Kinder einwirken.<sup>47</sup>

Von daher ist es schwierig, zulässige von unzulässigen Entscheidungen der Eltern danach abzugrenzen, ob die körperliche Integrität des Kindes irreversibel berührt ist oder nicht.<sup>48</sup> Wir müssen uns vielmehr eingestehen, dass es eine Frage der Prognose und vor allem der sozio-kulturellen Bewertung ist, wo in dem größeren Kontinuum von körperlichem Ausgesetztsein des Kindes die Zäsuren gezogen werden sollen. Beides stellt uns in der Beschneidungsfrage indes vor Schwierigkeiten: für die Prognose bedarf es plausiblen Wissens über die Langzeitfolgen (unten aa), und bei der Bewertung ist zu klären, welches Gewicht nicht-medizinischen Motiven der El-

---

44 F. LETTKE/K. LÜSCHER, Generationenambivalenz, *Soziale Welt* 53 (2007) 437 ff.; K. PILLEMER/K. LÜSCHER, Intergenerational Ambivalences (Amsterdam/Boston 2004); K. PILLEMER/K. MÜLLER-JOHNSON, Generationenambivalenzen, in: Lettke/Lange (Hrsg.), *Generationen und Familien* (Frankfurt a. M. 2007) 130 ff.

45 M. COESTER, in: J. von Staudinger et al. (Hrsg.), *Kommentar zum BGB* (Neubearbeitung, Berlin 2016) § 1666 Rn. 122.

46 Zur entwicklungspsychologischen Eltern-Abhängigkeit der Ich-Bildung des Kindes F. RUPPERT, *Symbiose und Autonomie* (Stuttgart 2010) 48 ff.; P. ROCHAT, Me and Mine in early development, in: Fuchs/Sattel/Henningsen (Hrsg.), *The Embodied Self* (Stuttgart 2010) 175 ff.; allgemein zum Zusammenhang von Identität und Sozialität die Beiträge von G. BRITZ, *Verfassungsrechtlicher Schutz der freien Persönlichkeitsentfaltung*, und M. EIFERT, *Autonomie und Sozialität*, in: Bumke/Röthel (Fn. 1) 353 ff. und 365 ff.

47 Genauso WAPLER (Fn. 23) 542 ff. und schon T. HÖRNLE/S. HUSTER, *Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?*, *JZ* 2013, 328, 333.

48 Siehe aber etwa aus strafrechtlicher Sicht R. D. HERZBERG, *Die Beschneidung gesetzlich gestatten?*, *ZIS* 2012, 486, 494, aus verfassungsrechtlicher Sicht M. JESTAEDT, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz* (Heidelberg 1950 ff., 195. Aktualisierung 2018) Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 Rn. 136 und aus familienrechtlicher Sicht etwa SCHUMANN (Fn. 29) 729, 734, 736.

tern zukommen soll (unten bb). Autonomie erweist sich hier als eine Strategie, um solche Wissens- und Wertungsprobleme zu bewältigen.

*bb) Autonomie als Regulierungsstrategie bei unsicherem Wissen*

Wie sich eine frühkindliche Beschneidung langfristig auf die Kindesentwicklung auswirkt, woran sich ablesen lässt, ob eine positive Identifikation des Kindes mit dieser elterlichen Entscheidung eher wahrscheinlich oder eher unwahrscheinlich ist, oder ob sich darüber überhaupt generalisierbare Aussagen treffen lassen – darüber ist man sich derzeit offenbar nicht nur uneinig, sondern auch unsicher. Diese Wissensprobleme lassen sich bewältigen, indem man die Entscheidung, wie in § 1631d BGB vorgesehen, in erster Linie in die Hände der Eltern legt und darauf vertraut, dass – solange generalisierbares Wissen nicht verfügbar ist – „in aller Regel den Eltern das Wohl ihres Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.“<sup>49</sup> Dies dient zugleich größerer Sachnähe und Einzelfallgerechtigkeit: Autonomie ermöglicht die Individualisierung von Entscheidungen, die sich möglicherweise gar nicht sinnvoll generalisieren lassen, weil die zu berücksichtigenden Gesichtspunkte, Rahmenbedingungen und Auswirkungen zu verschieden sind.<sup>50</sup>

*cc) Autonomie als Regulierungsstrategie in pluralen Gesellschaften*

In der Beschneidungsfrage auf elterliche Autonomie zu setzen, hat schließlich einen weiteren Vorteil. Es lässt sich weltanschauliche Neutralität in einer Frage wahren, deren Beantwortung in hohem Maße kulturabhängig ist und über die derzeit weder ein übergreifender Konsens noch überhaupt eine von Zurückweisungen freie Diskussion möglich ist. Die Beschneidungsdebatte ist geradezu ein „paradigmatischer Fall der Kulturkonflikte in einer pluralistischen oder multikulturellen Gesellschaft“.<sup>51</sup> Ganz generell wird Autonomie als adäquate Regulierungsstrategie im Umgang mit kultureller Diversität empfohlen.<sup>52</sup> Auch aus diesem Grund war der deutsche Gesetzgeber gut beraten, die Entscheidung über die Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen mit § 1631d BGB in die Hände der Eltern zu legen und ihrer Autonomie anzuvertrauen. Wir treffen auf ähnliche Gründe und

---

49 BVerfGE 59, 360, 376 f.; BVerfGE 61, 358, 371 f.

50 So wird etwa die Elternautonomie im Hinblick auf die Zuweisung des Sorgerechts erklärt; siehe nur D. COESTER-WALTJEN, Art. 6 GG und die Familienautonomie, JURA 2009, 105, 109.

51 HÖRNLE/HUSTER (Fn. 47) 339.

52 So M.-C. FOGLETS, Assessing Individual Autonomy in the Face of Cultural Diversity, in: Bumke/Röthel (Fn.1) 387 ff.

Einsichten, die dazu geführt haben, dass das Recht heute bei der Bestimmung des persönlichen Innenverhältnisses der Ehegatten in erster Linie auf die Autonomie der Ehegatten setzt: Inhaltliche Bestimmungen darüber, was die eheliche Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) in persönlicher Hinsicht ausmacht, werden – abgesehen vom allgemeinen Rechtsgüterschutz und Grundvorstellungen über Gleichberechtigung<sup>53</sup> – vom Recht nicht mehr entwickelt. Als wesentlicher Vorzug dieser Orientierung auf die Autonomie der Ehegatten wurde schon in den 1980er Jahren hervorgehoben, dass das Recht auf diese Weise den Herausforderungen pluraler Gesellschaften besser gerecht würde. Die Ehe sei als „offener Rahmen“ zu konzipieren, weil der Gesetzgeber, „bei seiner Regelung [...] auch die Entwicklung der verschiedenen Auffassungen und Ideologien der hauptsächlich gesellschaftlichen ‚Gruppen‘ oder ‚Kräfte‘ berücksichtigen [muss], die im Rahmen einer offenen – pluralistischen – Verfassung sehr viel stärkeren Wandlungen unterworfen sind als im Rahmen ‚geschlossener Systeme‘.“<sup>54</sup> Genauso lassen sich heute die Vorzüge familienrechtlicher Autonomieorientierung im Eltern-Kind-Verhältnis bezeichnen: Elternautonomie erweist sich als eine Regulierungsstrategie, mit der eine Rechtsordnung weltanschauliche Neutralität wahren und den Gelingensbedingungen für eine offene, plurale Gesellschaft gerecht zu werden vermag.

## 2. *Autonomie und Geschlecht am Beispiel der Intersexualität*

In anderer Gestalt, Begründung und Wirkungsweise begegnet Autonomie im Zusammenhang mit körperlicher Integrität und Identität. Hier geht es nicht um das Austarieren von Autonomie und Schutz zwischen Familienmitgliedern oder das Verhältnis von „innen“ und „außen“ oder von Vertrauen und Misstrauen gegenüber der Familie, sondern um die Bestimmung über Individualrechtsgüter. Die heute an das Familienrecht drängend herangetragene Frage, ob eine intersexuelle Person einen Rechtsanspruch darauf hat, sich als „intersexuell“ im Personenstandsregister eintragen zu lassen, ist wesentlich die Frage danach, inwieweit das Recht Geschlechtszuordnungen aufzwingen darf oder umgekehrt dazu aufgerufen ist, an der selbst-

---

53 Darin unterscheidet sich das derzeitige Eheverständnis von der Vorstellung eines privaten Raums, in den das Recht überhaupt nicht dringen könne oder solle, auch nicht zum Schutz der Frau vor körperlicher Gewalt oder seelischer Misshandlung. Zum verfassungsrechtlichen Eheverständnis gehört schließlich auch die Vorstellung der Ehe als einer „Partnerschaft von gleichberechtigten Partnern“ (BVerfGE 37, 217, 249 ff.; BVerfGE 103, 89, 101). An diesen Linien enden nach geltendem Recht weltanschauliche Neutralität und Autonomieorientierung.

54 H. M. PAWLOWSKI, Die Ehe als Problem des staatlichen Rechts, in: Festschrift für Coing, Bd. I (München 1982) 637, 652.

bestimmten Selbstdarstellung des Einzelnen mitzuwirken oder diese jedenfalls zu begünstigen.

a) §§ 21, 22 PStG und BGH, Beschluss vom 22.6.2016

Nach geltendem Personenstandsrecht (§ 21 PStG) wird im Geburtenregister auch das Geschlecht eines Kindes als „männlich“ oder „weiblich“ beurkundet. Kann ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist es möglich, die Geburt ohne Geschlechtsangabe einzutragen (§ 22 Abs. 3 PStG).<sup>55</sup> Indes sind Eintragungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ nicht zulässig.<sup>56</sup> Die hiergegen gerichtete Beschwerde einer als „Mädchen“ eingetragenen Antragstellerin, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrags in „inter“ oder „divers“ begehrte, wurde zuletzt in allen Instanzen bis zum BGH zurückgewiesen.<sup>57</sup> Der Gesetzgeber des Jahres 2013 hielt es für ausreichend, dass sich intersexuelle Personen „ohne“ Geschlecht eintragen können,<sup>58</sup> und der XII. Zivilsenat des BGH schob nach, dass das geltende Recht auch nicht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verstößt.<sup>59</sup>

Rechtspolitisch befinden wir uns an einer Weggabelung, wo das Familienrecht den Weg in Richtung mehr oder weniger Autonomie gehen könnte. Der Gesetzgeber des Jahres 2013 hat sich für eine personenstandsrechtliche Minimalbewältigung entschieden, der XII. Zivilsenat des BGH hat die gefundene Lösung verteidigt, und weite Teile des familienrechtlichen Schrifttums halten diesen Weg für richtig.<sup>60</sup> Die Entscheidungsgründe stüt-

55 Eingefügt durch Personenstandsrechts-Änderungsgesetz vom 7.5.2013 (BGBl. I S. 1122, 2440).

56 Nr. 21.4.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (BAnz 2010, Nr. 57a), geändert durch PStG-VwV-ÄndVwV vom 3.6.2014 (BAnz AT 12.6.2014 B1).

57 OLG Celle FamRZ 2015, 2096 ff.; BGH JZ 2016, 1067 ff. mit Anm. FROESE, 1069 ff.; am 2.9.2016 wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt.

58 Die mit § 22 Abs. 3 PStG eröffnete Möglichkeit, das Geschlecht offen zu lassen, wurde in der Gesetzesbegründung ausdrücklich als Regelung der Intersexualität angesehen („nimmt sich der Frage der Intersexualität an“), siehe BT-Drucks. 17/12192, S. 11.

59 BGH JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 22 ff.

60 T. HELMS, Brauchen wir ein drittes Geschlecht? (Berlin 2015) 25 ff.; DERS., Personenstandrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG, in: Festschrift für Brudermüller (München 2014) 301, 305 ff.; R. BOCKSTETTE, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, 169, 171 ff.; Gegensichten bei W. SIEBERICHS, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180 ff.; S. L. GÖSSL, Die Eintragung im Geburtenregister als „inter“ oder „divers“, StAZ 2015, 171 ff.; J. THEILEN, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1, 3 ff.

zen sich auf zwei Argumente, die ähnlich auch im familienrechtlichen Schrifttum formuliert wurden. Erstens: es mache für eine Person „im Ergebnis keinen – verfassungsrechtlich bedeutsamen – Unterschied“, ob sie ohne Geschlechtseintrag oder mit „inter“ oder „divers“ eingetragen wäre, weil das materielle Familienrecht keine spezifischen Regelungen für intersexuelle Personen bereithält. Die hier begehrte Eintragung sei also „rein deklaratorischer Natur“.<sup>61</sup> Und zweitens: Der Anerkennungsanspruch intersexueller Personen sei nicht mit dem Anerkennungsanspruch transsexueller Personen zu vergleichen: „Während es bei der Transsexualität um den Wechsel der Zuordnung zwischen den beiden durch die Rechtsordnung anerkannten Geschlechtern geht, lassen sich Intersexuelle weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen. Anders als bei der Zuordnung zu einem schon bestehenden Geschlecht wären durch die Schaffung eines weiteren Geschlechts staatliche Ordnungsinteressen in weitaus erheblicherem Umfang betroffen.“<sup>62</sup>

Diese Argumentation ist nicht ungewöhnlich. Wir stehen vor zwei typischen Einwänden, wenn es darum geht, ob die Rechtsordnung Autonomie durch rechtsförmige Anerkennung gewährleisten soll. Der erste Einwand geht dahin, ob der Anerkennungswunsch überhaupt „materiell berechtigt“ ist (unten a), und der zweite Einwand zielt auf die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung (unten b).

#### *b) Autonomie und Richtigkeitskontrolle*

Indes ist es alles andere als selbstverständlich, danach zu fragen, ob der Eintragungswunsch materiell berechtigt, also vernünftig, sinnvoll oder „nur deklaratorisch“ ist. Dies galt es auch schon im Medizinrecht zu klären, als es um die rechtliche Struktur des Verhältnisses von ärztlicher Heilbehandlung und Patientenwillen ging. Heute gehen wir indes davon aus, dass die körperliche Integrität verfassungsrechtlich geschützt ist als das Recht, frei und ohne Rechtfertigungspflicht darüber zu entscheiden, welche medizinische Behandlung eine Person für sich wünscht oder ablehnt. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG schützt die Unversehrtheit des Menschen nicht um seiner Gesundheit willen, sondern gewährleistet „zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität“.<sup>63</sup> Geschützt ist „die körperliche Integrität und damit auch das diesbezügliche Selbstbestimmungsrecht.“<sup>64</sup> Dies schließt die Befugnis ein, medizinisch „vernünftige“ Behandlungen aus

---

61 BGH JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 24.

62 BGH JZ 2016, 1067, 1068 Rn. 27.

63 BVerfGE 52, 131, 173 f.; ähnlich später BVerfGE 89, 120, 130: geschützt ist das „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als Freiheitsrecht.“

64 BVerfGE 128, 282, 300.

sehr individuellen und für Dritte möglicherweise nicht leicht nachvollziehbaren Gründen abzulehnen. Für das einfache Recht hatte sich schon das RG auf diese Seite geschlagen, als es sowohl für das Strafrecht als auch für das Zivilrecht entschied, dass auch der *lege artis* durchgeführte, erfolgreiche, aber eigenmächtige Heileingriff eine tatbestandliche Körperverletzung darstellt.<sup>65</sup> Damit soll nicht gesagt sein, dass dies ein immer geradliniger und leichter Weg war: Was sich jetzt so leichthin schildern lässt als grundrechtliches Substrat und einfachrechtliche Anerkennung der Patientenautonomie ist das Ergebnis eines längeren Prozesses, der in seinen Umbrüchen und Entwicklungssprüngen auch immer wieder mit Unsicherheit begleitet war, zuletzt als es um Fragen der Form,<sup>66</sup> der Bindungswirkung,<sup>67</sup> der Reichweite<sup>68</sup> und der Bestimmtheit<sup>69</sup> von Patientenverfügungen ging oder als sich Ärzte noch in den 2000er Jahren schwer damit taten, einen Patienten trotz seines erklärten Willens „verhungern“ zu lassen.<sup>70</sup>

Das Recht auf sexuelle Identität weist eine ähnliche rechtliche Struktur auf wie das Recht auf körperliche Integrität. Genauso wie die körperliche Integrität als Freiheitsschutz und nicht als Gesundheitsschutz konzipiert ist, wird der Achtungsanspruch sexueller Identität heute nicht als Schutz eines richtigen Geschlechts, sondern als Schutz der „selbst empfundenen geschlechtlichen Identität“ verstanden,<sup>71</sup> mag sich diese innerhalb herkömmlicher Typi-

65 Grundlegend RGSt 25, 375, 377 ff.; BGHSt 11, 111, 114 ff.; sowie RGZ 68, 431, 433 f.; BGHZ 29, 46, 49 f.; zustimmend G. WAGNER, in: F. Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (6. Aufl., München 2013) § 823 Rn. 759; für eine Gegenseite K. LARENZ/C.-W. CANARIS, Schuldrecht II/2 (13. Aufl., München 1994) 383 f.

66 A. RÖTHEL, Form und Freiheit der Patientenautonomie, AcP 211 (2011) 196, 201 ff.

67 A. SPICKHOFF, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008) 345, 404 ff.

68 BGHZ 154, 205, 214 ff.: nur bei irreversiblen Grundleiden; anders die schließlich getroffene Regelung in § 1901a Abs. 3 BGB.

69 BGH NJW 2016, 3297 ff.

70 Siehe aber LG Traunstein NJW-RR 2003, 221; OLG München FamRZ 2003, 557; dagegen BGHZ 163, 195 ff; Nachzeichnung der Rechtsentwicklung bei A.-L. LEMMERZ, Die Patientenverfügung (Tübingen 2014) 15 ff., 66 ff.

71 So zuletzt BVerfGE 128, 109, 124: „Steht bei einem Transsexuellen das eigene Geschlechtsempfinden nachhaltig in Widerspruch zu dem ihm rechtlich [...] zugeordneten Geschlecht, gebieten es die Menschenwürde in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit, dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung zu tragen und seine *selbst empfundene* geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen [...]“ (Hervorhebungen nicht im Original); siehe auch schon BVerfGE 121, 175, 190 f.; BVerfGE 116, 243, 264; BVerfGE 115, 1, 14; stärker objektivierend noch BVerfGE 49, 286, 298: „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten es daher, den Personenstand dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution *angehört*“ (Hervorhebung nicht im Original). – Einen weiteren Schritt in Richtung

sierungen oder eben jenseits davon bewegen. Dies hat das BVerfG für transsexuelle Personen in vielen Schritten entwickelt. Die verfassungsrechtliche Reaktionsschwelle für die rechtliche Anerkennung des Wunsches nach Geschlechtsänderung wird dort gezogen, wo die „selbst empfundene Geschlechtlichkeit“ [...] „nachhaltig in Widerspruch“ zu dem rechtlich zugeordneten Geschlecht gerät.<sup>72</sup> Der Anerkennungswunsch muss also von einer gewissen Ernsthaftigkeit sein; in den Strukturen des einfachen Rechts ist damit die Rechtsmissbrauchsgrenze umschrieben. Indes hängt der verfassungsrechtliche Achtungsanspruch des Rechts auf geschlechtliche Identität nicht davon ab, welche konkreten Vorteile oder Veränderungen sich aus der Anerkennung der empfundenen Geschlechtlichkeit ergeben. Verbürgt ist vielmehr ein Recht auf geschlechtliche Identität, das gerade nicht unter dem Vorbehalt besseren Wissens oder richterlicher Vernünftigkeit steht. Ob die gewünschte Eintragung als „inter“ oder „divers“ auch familienrechtliche Folgen nach sich zieht oder aus der Außensicht „nur deklaratorisch“ ist, verfehlt den grundrechtlichen Individualanspruch des Rechts auf geschlechtliche Identität, wie es sich in der Rechtsprechung des BVerfG als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verfestigt hat.<sup>73</sup> Genauso wenig lässt sich dem Anerkennungsanspruch ausweichen mit dem Einwand, es gehe ja „nur“ um das Personenstandsrecht und nicht darum, ob es medizinisch oder psychologisch gerechtfertigt ist, von einer Dualität der Geschlechter auszugehen,<sup>74</sup> oder „das eigentliche Problem“ von intersexuellen Personen liege gar nicht im Recht, sondern in der Gesellschaft.<sup>75</sup>

---

geschlechtlicher Autonomie könnte das Recht gehen, indem die personenstandsrechtliche Eintragung der Geschlechtlichkeit nicht als Eintragung einer überprüfbaren „Tatsache“, sondern als Eintragung einer „Willenserklärung“ konzipiert wird; anders das geltende Recht, siehe nur BOCKSTETTE (Fn. 60) 172. Skeptisch zu einer „Versubjektivierung“ J. FROESE, Männlich, weiblich oder „weder noch“?, AöR 140 (2015) 599, 614 ff.

72 BVerfGE 128, 109, 124; die Wendung von der „nachhaltig selbst empfundenen Geschlechtlichkeit“ begegnet auch schon in BVerfGE 121, 175, 190; BVerfGE 116, 243, 264; BVerfGE 115, 1, 15.

73 Beginnend mit BVerfGE 49, 286, 298 ff., fortgeführt in BVerfGE 115, 1, 14 f.; BVerfGE 116, 243, 262 ff.; BVerfGE 121, 175, 190 ff.; BVerfGE 128, 109, 124; wie hier THEILEN (Fn. 60) 3 ff.; Zusammenführungen zum Recht auf geschlechtliche Identität etwa bei BRITZ (Fn. 5), S. 74; A. KOLBE, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht (Baden-Baden 2010) 98 ff.

74 In diese Richtung HELMS (Fn. 60) 301, 309; gleichsinnig BOCKSTETTE (Fn. 60) 172 und im Ergebnis auch FROESE (Fn. 57) 1070: die Bezeichnung des Geschlechts im Personenstandsregister sei „aufgrund der ordnenden Funktion der Sozialsphäre zuzuordnen und [dürfte daher] einschränkbar sein.“

75 So lese ich indes HELMS (Fn. 60) 27; ähnlich D. COESTER-WALTJEN, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, 852, 856.

*c) Autonomie und die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung*

Etwas anders liegen die Dinge im Hinblick auf die Erwägung, dass eine Eintragungsoption als „inter“ oder „divers“ deshalb nicht geboten sei, weil dadurch „Ordnungsinteressen in besonders starkem Maße berührt“ seien.<sup>76</sup> Hiermit wird das Verhältnis von Autonomie und Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung thematisiert. Wann immer mit Autonomie nicht nur die Verteidigung von Freiheit, sondern eine rechtsförmige Anerkennung in Rede steht, können sinnvollerweise nur solche Rechtsformen begehrt werden, die auch in der Rechtsordnung „funktionieren“ und die nicht ihrerseits das Funktionieren der Rechtsordnung in Frage stellen. „Funktionsfähigkeit“ ist daher ein Argument, das aus vielen Debatten rund um die Privatautonomie vertraut ist<sup>77</sup> und das auch im Umgang mit Patientenverfügungen begegnete.<sup>78</sup>

Natürlich wird die Rechtsordnung komplizierter, wenn man intersexuellen Personen eine Eintragung als „inter“ oder „divers“ eröffnet, und natürlich ergeben sich daraus Folgefragen, die im skeptischen Schrifttum auch schon eingehend ausmalt worden sind.<sup>79</sup> Aber auch hier wird man noch einmal näher hinsehen und danach fragen müssen, in welchem Verhältnis die Vorenthaltung einer eigenen Eintragungsoption für intersexuelle Personen zu den befürchteten Schwierigkeiten in der Rechtsordnung steht. Schließlich besteht derzeit für intersexuelle Personen mit entsprechendem Eintragungswunsch keine Möglichkeit einer positiven Selbstbeschreibung ihrer empfundenen Geschlechtlichkeit. Wenn sie sich nicht als männlich oder weiblich führen lassen wollen, sind sie auf die Eintragung „kein Geschlecht“ unter dem Obertitel „fehlende Angaben“ verwiesen. Dieser Eintrag verfehlt nicht nur die empfundene Zwischen-Geschlechtlichkeit, sondern trägt mit der Negation jeder Geschlechtlichkeit Züge von Herabwürdigung.<sup>80</sup> Das geltende Recht versagt intersexuellen Personen das, was es der glücklichen Mehrheit mit eindeutig empfundener Geschlechtlichkeit bereithält: eine positive personenstandsrechtliche Anerkennung der für sich empfundenen und gewünschten Geschlechtlichkeit. Intersexualität wird negiert oder zum Übergangsphänomen ausgewiesen. Dadurch wird intersexuellen Personen nicht nur die Chance genommen, mit den Mitteln des Rechts

---

76 BGH JZ 2016, 1067, 1068 f. Rn. 27.

77 A. RÖTHEL, Forschungsgespräche über Autonomie im Recht, in: Bumke/Röthel (Fn. 1) 59.

78 RÖTHEL (Fn. 66) 211.

79 Etwa im Hinblick auf die Unterscheidung von Ehe und Lebenspartnerschaft, die Abstammung und den internationalen Rechtsverkehr; näher HELMS (Fn. 60) 25 ff.

80 Gleichsinnig SIEBERICHS (Fn. 60) 1181: Das geltende Recht führe zu einem „Status der rechtlichen ‚Geschlechtslosigkeit‘“.

unpassende Fremdbilder abzuschwächen;<sup>81</sup> vielmehr werden die bestehenden gesellschaftlichen Stereotype einer rigiden geschlechtlichen Binarität noch weiter verstärkt.<sup>82</sup>

Gemessen an dieser einschneidenden Zurücksetzung der Belange intersexueller Personen ist umso sorgfältiger zu wägen, ob eine dritte Eintragungsoption<sup>83</sup> wirklich entsprechend gewichtige Beeinträchtigungen für das Funktionieren der Rechtsordnung nach sich zöge und ob etwaige Ordnungsinteressen auch folgerichtig durchgeführt worden sind.<sup>84</sup> Die familienrechtlichen Folgefragen in Bezug auf Ehe, Lebenspartnerschaft und Abstammung würden mit der Eröffnung einer Eintragung als „intersexuell“ jedenfalls nicht schwieriger als nach geltendem Recht, wo das Geschlecht „nur“ offen gelassen ist.<sup>85</sup>

*d) BVerfG, 1 BvR 2019/16, Beschluss vom 10.10.2017*

In diese Richtung hat inzwischen auch das BVerfG entschieden und die bestehende Rechtslage als unvereinbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) erklärt. Der deutsche Gesetzgeber ist nun verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2018 eine verfassungsgemäße Regelung herbeizuführen.

---

81 Angelehnt an BRITZ (Fn. 5) 74 schützt das Recht auf geschlechtliche Identität die „personenstandsrechtliche Anerkennung des gewünschten Geschlechts als Mittel zur Abschwächung eines aus Sicht des Individuums unpassenden Fremdbilds“.

82 Gleichsinnig etwa KOLBE (Fn. 73) 185 ff.

83 Oder langfristig die völlige Aufgabe des Geschlechtseintrags; dafür plädieren A. BÜCHLER/M. COTTIER, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, in: Degele/Penk Witt (Hrsg.), Queering Gender – Queering Society, Freiburger FrauenStudien 17 (2005) 115, 130 ff.

84 Diese Frage wirft GÖSSL (Fn. 60) 173 auf. – Ordnungsinteressen sind auch angeführt worden, als der II. Zivilsenat des BGH im Jahr 2015 (NJW 2015, 2116, 2118 Rn. 19) über den Handelsregistereintrag einer transsexuellen Person zu entscheiden hatte. Der Schutz des Rechtsverkehrs und die besondere Integrität des Handelsregisters, so der BGH, erforderten den Fortbestand der Erkennbarkeit der ursprünglich geführten Vornamen im Handelsregister. Dazu die Kritik von J. CROON-GESTEFELD, Der Nauseintrag Transsexueller in öffentlichen Registern, StAZ 2016, 37 ff.: Dem Geheimhaltungsinteresse von Transsexuellen sei im Handelsregister eher ein stärkerer Schutz beizumessen als im Personenstands- und Melderecht.

85 Ausgeführt etwa bei HELMS (Fn. 60) 16 ff.

## IV. ZUSAMMENFÜHRUNG UND ZUKUNFTSFRAGEN

Auf den ersten Blick liest sich die Entwicklung des Familienrechts seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert wie eine lange Geschichte der Autonomiegewinne. Die gesellschaftliche Wertschätzung von Autonomie ist weiter gestiegen, die verfassungsrechtlichen Erwartungen an die Autonomieorientierung des Familienrechts sind dichter geworden. Doch ist damit wenig gewonnen. Dass uns im Rückblick und auf lange Sicht eindeutig erscheint, dass das Familienrecht immer enger mit Autonomie verbunden wurde, bewahrt unsere heutigen Aushandlungsprozesse nicht vor Kontroversität, polarisierender Schärfe und Unsicherheit. An den Zweifelspunkten wird es eben immer wieder schwierig und grundsätzlich. Nur wenig von dem, was im Nachhinein schnell als vertraut und selbstverständlich erscheint – etwa das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper und die Anerkennung von Patientenverfügungen oder die gleichmäßige rechtsförmige Anerkennung von Paarbeziehungen ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung –, ist leichthin errungen worden. Was die Patientenautonomie im Großen inzwischen hinter sich hat, ist derzeit für die geschlechtliche Autonomie zu klären. Und genauso wie im Innenverhältnis von Ehegatten/Lebenspartnern immer wieder das Verhältnis von Autonomie, Schutz und überindividuellen Ordnungsinteressen ausverhandelt worden ist, drängen auch im Innenverhältnis von Eltern und Kindern beständig neue Fragen – zuletzt die Beschneidung von Jungen aus nicht-medizinischen Gründen – in die Rechtswelt und fragen nach den Grenzlínen zwischen Elternautonomie und Kindeswohl. Das Recht wirkt in Wellenbewegungen mal mehr und mal weniger in familiäre Innenverhältnisse hinein. Es gibt Zeiten, in denen Autonomie „Konjunktur“ hat, und Zeiten, in denen dafür geworben wird, wieder mehr „Vertrauen“ in die Familie zu haben.<sup>86</sup> Mag die Grundtendenz auch in Richtung mehr Autonomie gehen, lösen Einzelfragen doch immer wieder Umorientierungen aus. Denn obwohl sich beispielsweise für das persönliche Innenverhältnis der Ehegatten die Vorstellung durchgesetzt hat, dass die Ehegatten grundsätzlich frei darin sind, welchen Inhalt sie ihrem persönlichen Miteinander geben,<sup>87</sup> hat sich das Recht aus dem persönlichen Innen-

---

86 Siehe einerseits D. COESTER-WALTJEN, Art. 6 GG und die Familienautonomie, JURA 2009, 105, 107; andererseits WAPLER (Fn. 23) 138 ff.

87 An dieser Entwicklung hatte das Verfassungsrecht maßgeblichen Anteil. Indem das BVerfG das verfassungsrechtliche Schutzgut der Ehe entwickelte als ein Raum, in dem die Ehegatten „über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können“ (BVerfGE 105, 313, 345 – LPartG, später BVerfGE 121, 175, 198 – Transsexuelle V), verpflichtete es das einfache Recht in Richtung Autonomie. Denn das Grundgesetz schützt die spezifische Privatsphäre von Ehe und Familie und „bekennt sich [...] auch für diesen Lebensbereich zur Eigenständigkeit und Selbst-

verhältnis der Ehegatten niemals völlig zurückgezogen. Die Autonomie der Ehegatten in Bezug auf ihr persönliches Innenverhältnis zu achten, hat nicht dazu geführt, das persönliche Innenverhältnis der Ehegatten als einen Raum von Privatheit völlig gegenüber dem Recht abzuschirmen. Immer wieder ist das Recht in Erscheinung getreten, um inhaltliche Vorstellungen über das persönliche Miteinander der Ehegatten rechtlich auszubilden und durchzusetzen, angefangen vom Gedanken der Gleichberechtigung von Mann und Frau, der die gesetzlichen Rollenstereotype beseitigte, bis hin zu der Einsicht, dass die Ehe keine Legitimation für männliche Macht darstellt. Heute geht es uns um den Schutz vor häuslicher Gewalt oder wie sich Zwangsheiraten identifizieren und verhindern lassen.

Gerade weil sich dies viele Neue im Familienrecht immer wieder schwierig, aufreibend und verunsichernd anfühlt, ist der Blick auf bereits beruhigte Debatten hilfreich. Erstens bereitet der Rückblick auf die *inhaltliche* Auseinandersetzung vor. Die Durchsicht beruhigter Debatten über Autonomie im Familienrecht hat Muster von Vorzügen und Einwänden offengelegt. Es hat sich als fruchtbar erwiesen, einerseits Fragen zusammenzufassen, die Autonomie über Individualrechtsgüter thematisieren (Körper, Geschlecht), und andererseits Fragen zusammenzufassen, die Autonomie in familialen Innenverhältnissen thematisieren (Ehe/Lebenspartnerschaft, Eltern-Kind-Verhältnis). An diesen Ausschnitten ließen sich typische Vorzüge von Autonomieorientierung im Familienrecht ablesen. In familialen Innenverhältnissen kann Autonomie als Regulierungsstrategie dazu eingesetzt werden, um Wissensprobleme und Wandel zu bewältigen sowie um weltanschauliche Neutralität in „Kulturfragen“ zu gewährleisten (oben III.1.c)cc)). Und auch die Bedenken folgen ähnlichen Mustern: In Bezug auf familiale Innenverhältnisse geht es um den Schutz vor Bemächtigung und Fremdbestimmung (oben III.1.b)), in Bezug auf Individualrechtsgüter geht es um die Richtigkeit des Selbstbestimmungswunsches (oben III.2.b)) und die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung (oben III.2.c)).

Aber der Rückblick auf beruhigtere Debatten kann auch stimmungsmäßig einen Beitrag zu Rationalität, Sachlichkeit, Nüchternheit, Unaufgeregtheit leisten. Die hieraus gewonnenen Einsichten über typische Vorzüge und typische Hürden, die sich mit der Orientierung des Familienrechts auf Autonomie verbinden, werden uns die Aushandlungsprozesse über Zukunftsfragen zwar nicht abnehmen können, etwa wenn es darum geht, ob das deutsche Recht intentionale Co-Elternschaft<sup>88</sup> einführen oder Eizellspende

---

verantwortlichkeit des Menschen,“ so schon BVerfGE 6, 55, 71; später BVerfGE 35, 35, 40; BVerfGE 42, 234, 236.

88 Dazu N. DETHLOFF, Was will der Staat? Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: Röthel/Heiderhoff (Fn. 8) 19, 23 ff.; T. HELMS, Verhandlungen des 71. Deutschen Ju-

und Leihmutterschaft künftig erlauben sollte.<sup>89</sup> Der Rückblick macht es uns aber möglicherweise leichter, uns einzugestehen, dass viele der großen Umorientierungen, mit denen das Familienrecht stärker auf Autonomie orientiert wurde, mit starken Fremdheitsgefühlen, ja mitunter auch regelrechter Angst verbunden waren – und dass sich beides aber wieder, mitunter erstaunlich schnell, zu Gewohntem und Vertrautem verflüchtigen konnte, wenn Autonomie ins rechtliche Leben gesetzt wurde.

---

ristentages (München2016) F 33 ff.; für eine Gegenseitigkeit COESTER-WALTJEN (Fn. 86) 105: „Es gibt in der Mutter-Kind-Zuordnung keine autonomen Spielräume.“

89 Siehe nur D. KAISER, Elternglück durch Fremdspende und Leihmutterschaft?, in: Festschrift Bruder Müller (München 2014) 359 ff.; HEUN (Fn. 8) 49 ff. und GUTMANN (Fn. 8) 63, 82 ff.

# Privatautonomie aus der Sicht des Erbrechts\*

*Atsuko Kimura\*\**

- I. Einleitung
- II. Bedeutung des Pflichtteils
  - 1. Testierfreiheit und Pflichtteil
  - 2. Wirkung und Rechtsnatur des Pflichtteilsergänzungsanspruchs
  - 3. Überprüfung der Bedeutung des Pflichtteils
  - 4. Zwischenfazit
- III. Leistungen durch Nichterben
  - 1. Neueinführung des Ausgleichs „besonderer Leistungen“
  - 2. Fragestellungen
  - 3. Zwischenfazit
- IV. Zum Schluss
  - 1. Der Wille des Erblassers und seine Grenzen bei der gewillkürten Erbfolge
  - 2. Die Familie als altruistische Beziehung?

## I. EINLEITUNG

Dieser Beitrag soll die Privatautonomie vom Standpunkt des Erbrechts aus beleuchten. Dieses Thema wurde bekanntlich sowohl in Deutschland als auch in Japan bereits diskutiert. Allerdings unterscheiden sich das deutsche und das japanische Erbrecht aufgrund ihrer historischen Entwicklung in vielen Punkten, wie etwa beim Institut der Erbeinsetzung, das es in Japan nicht gibt. Im Folgenden werden ausgehend von der derzeit diskutierten Reform des japanischen Erbrechts – insbesondere der Diskussion in der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht) des Legislativausschusses des Justizministeriums seit April 2015 und dem Entwurf der Vorlage des Legislativausschusses (Entwurfssfassung)<sup>1</sup> – zwei konkrete Fragestellungen, nämlich

---

\* Auf Grundlage der Vorträge und Diskussionen während des Symposiums überarbeitete und ergänzte Fassung des Vortrags vom 30. Januar 2018. Associate Professor Gabriele Koziol, Universität Kyōto, danke ich für die Übersetzung ins Deutsche.

\*\* Associate Professor, Universität Kyōto.

1 Dem Vortrag lag der Entwurf der Vorlage des Legislativausschusses für eine Reform des Erbrechts (Entwurfssfassung) [*Minpō (sōzoku kankei) tō no kaisei ni kansuru yōko-an (an)*] sowie die Protokolle der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht) des Legislativausschusses, die zum damaligen Zeitpunkt bereits veröffentlicht waren, zugrunde. In weitere Folge wurde am 6.7.2018 das Gesetz zur teilweisen Änderung des Zivilgesetzes und des Gesetzes über Verfahren in

einerseits die Bedeutung des Pflichtteils und andererseits die Berücksichtigung von Leistungen durch Nichterben, behandelt.

## II. BEDEUTUNG DES PFLICHTTEILS

### 1. *Testierfreiheit und Pflichtteil*

Nicht nur in Deutschland, sondern auch in Japan gilt im Bereich der gewillkürten Erbfolge Testierfreiheit und wird diese als eine Erscheinungsform der Privatautonomie verstanden. Die Testierfreiheit unterliegt jedoch verschiedenen Beschränkungen, exemplarisch hierfür ist der Pflichtteil. Das Pflichtteilsrecht wird als Einschränkung des Grundsatzes der Testierfreiheit sowie ferner als Ausprägung des Spannungsverhältnisses zwischen Familiarismus – mit der Forderung nach Erhalt der Familie – und Individualismus – mit dem Anspruch, frei über sein eigenes Vermögen verfügen zu können – verstanden.<sup>2</sup>

Das geltende japanische Pflichtteilsrecht wird als stark familiaristisch gefärbt angesehen, wobei das gesetzliche Erbrecht die Grundlage des Pflichtteils bilde.<sup>3</sup> Diese Ansicht stützt sich auf eine dogmatische Untersuchung und Systematisierung der konkreten Zwecke und Ziele des Pflichtteilsrechts (siehe dazu unten), der Berechtigung zum Pflichtteil sowie der Rechtsnatur und der Wirkung des Pflichtteilergänzungsanspruchs.

Durch die Diskussion zur Reform des Pflichtteilsrechts wurde dieses Verständnis jedoch erschüttert. Im Folgenden soll daher die Reform anhand des Pflichtteilergänzungsanspruchs, dessen Wirkung und Rechtsnatur näher untersucht werden.

### 2. *Wirkung und Rechtsnatur des Pflichtteilergänzungsanspruchs*

#### a) *Geltendes Recht*

Der Pflichtteilergänzungsanspruch nach geltendem japanischem Recht unterscheidet sich grundlegend von seinem deutschen Äquivalent. Nach

---

Familienangelegenheiten (*Minpō oyobi kaji jiken tetsuzuki-hō no ichibu o kaisei suru hōritsu*, Gesetz Nr. 72/2018) verabschiedet (verlautbart am 13.7.2018). Das Gesetz tritt schrittweise in Kraft (grundsätzlich am 1.7.2019, die Maßnahmen zur Lockerung der Formerfordernisse für eigenhändige Testamente treten jedoch am 13.1.2019, die neu eingeführten Regelungen zum Wohnrecht des Ehegatten sowie zum kurzfristigen Wohnrecht des Ehegatten am 1.4.2020 in Kraft). Im vorliegenden Beitrag wurden die Vorschriften des Reformgesetzes ergänzt.

2 Siehe etwa Z. NAKAGAWA/H. IZUMI, *Sōzoku-hō* [Erbrecht] (4. Aufl., Tōkyō 2000) 646 f.

3 Siehe etwa J. NAKAGAWA, in: Nakagawa/Katō (Hrsg.), *Shinpan chūshaku minpō* (28), *Sōzoku* (3) [Neu aufgelegter Kommentar zum Zivilgesetz (28), Erbrecht (3)] (Tōkyō 2002) 445 ff.

herrschender Lehre<sup>4</sup> und Rechtsprechung<sup>5</sup> handelt es sich beim Pflichtteilergänzungsanspruch um ein Gestaltungsrecht; ferner entfaltet dieser dingliche Wirkung. Der Anspruch richtet sich nicht gegen die Erben, sondern gegen den Empfänger einer Schenkung oder eines Vermächtnisses, durch das der Pflichtteil verletzt wird. Gegenstand des Pflichtteilergänzungsanspruchs ist die Kürzung der betreffenden Schenkung oder des Vermächtnisses. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine Schenkung oder ein Vermächtnis, das den Pflichtteil verletzt, nicht von vornherein unwirksam, sondern bleibt bis zur Ausübung des Pflichtteilergänzungsanspruchs wirksam. Der Pflichtteilergänzungsanspruch führt zu einer Kürzung der Schenkung bzw. des Vermächtnisses im Sinne deren teilweiser oder gänzlicher Unwirksamkeit. Der Gegenstand der Schenkung oder des Vermächtnisses fällt dadurch an den Pflichtteilsberechtigten, d. h. die Kürzung der Schenkung bzw. des Vermächtnisses entfaltet dingliche Wirkung.

Der Grundsatz, dass die Sache dem Pflichtteilsberechtigten zufällt, steht im Einklang mit dem Verständnis, dass der Pflichtteil einen Anteil am Nachlass darstellt, der dem gesetzlichen Erben aufgrund seiner Erbberechtigung als Teil seines Erbteils garantiert wird. Indem die Sache selbst, die Gegenstand der Schenkung bzw. des Vermächtnisses war, zurückfällt, ermöglicht es der Pflichtteilergänzungsanspruch also dem Erben genau diesen seinen Anteil am Nachlass (wieder) zu erlangen.<sup>6</sup> Dieses Verständnis hat einen historischen Hintergrund: Nach dem Zivilgesetz der Meiji-Zeit wurde jeweils das gesamte Vermögen des Hauses an den ältesten Sohn vererbt, der damit auch in die Rolle als Familienoberhaupt nachfolgte. Dabei bestand die Notwendigkeit, das Familienvermögen, insbesondere Immobilien als solche für die Familie zu erhalten.<sup>7</sup>

#### b) Reform

Im Zuge der gegenwärtigen Reformdiskussion ging man jedoch davon ab, im Pflichtteilergänzungsanspruch eine Kürzung der Schenkung bzw. des Vermächtnisses zu sehen, durch die der Nachlass bzw. der Anteil des Pflichtteilsberechtigten daran wiederhergestellt werden soll. Dem Pflichtteilsberechtigten wird nun vielmehr bei Ausübung seines Rechts nur ein auf Geld gerichteter Anspruch gewährt (Art. 1046 Abs. 1 ZG n. F.).<sup>8</sup>

---

4 Siehe etwa T. TAKAGI, *Iryū-bun seido no kenkyū* [Untersuchung des Pflichtteilsrechts] (Tōkyō 1981) 151 ff.; NAKAGAWA/IZUMI (Fn. 2) 661 f.

5 OGH 30.8.1976, Minshū 30, 768.

6 Siehe etwa Y. SHIOMI, *Iryūbun-hō no rippōteki kadai* [Probleme de lege ferenda des Pflichtteilsrechts], *Kōshō Hōgaku* 46 (2015) 5.

7 Siehe etwa NAKAGAWA (Fn. 3) 445 ff.

Das wurde wie folgt begründet: Erstens komme es als Folge des Pflichtteilergänzungsanspruchs häufig zum Entstehen von Miteigentumsverhältnissen an dem Gegenstand der Schenkung oder des Vermächtnisses, was oftmals eine reibungslose Unternehmensnachfolge erschwere oder zu neuen Streitigkeiten rund um die Beendigung des Miteigentumsverhältnisses führe. Zweitens zielt das Pflichtteilsrecht darauf ab, die Lebensgrundlage des Pflichtteilsberechtigten zu sichern sowie einen Ausgleich für den impliziten Anteil am Nachlass, den der Pflichtteilsberechtigte durch seinen Beitrag zur Bildung des Nachlasses erlangt hat, herbeizuführen. Um dieses Ziel zu erreichen sei es aber nicht unbedingt erforderlich so weit zu gehen, eine dingliche Wirkung anzuerkennen.<sup>9</sup>

Daher kommen der Geltendmachung des Pflichtteils künftig folgende Wirkungen zu: Erstens erhält der Pflichtteilsberechtigte einen auf Geld gerichteten Anspruch gegen den Empfänger der Schenkung bzw. des Vermächtnisses. Zweitens wird der geleistete Geldbetrag Teil des Eigenvermögens des Pflichtteilsberechtigten.<sup>10</sup>

### c) *Bewertung – Paradigmenwechsel?*

Manche sehen einen großen Paradigmenwechsel in dem Abgehen vom Gedanken, dass der Pflichtteilergänzungsanspruch zur Wiedererlangung der Sache selbst führe, und dem Wandel hin zu einem Geldanspruch. Denn damit werde der Ansicht eine Absage erteilt, wonach der Pflichtteil als Teil des Erbteils (Mindestgarantie) im Rahmen der Auseinandersetzung abzuhandeln sei. Damit einhergehe auch eine Abkehr vom Verständnis, wonach durch den Pflichtteil ein Teil des Erbteils garantiert werde (Mindestgarantie).<sup>11</sup>

Man kann die gegenwärtige Reform jedoch auch als bloße Änderung in Bezug auf das Verständnis des Pflichtteils als Anteil am Nachlass selbst verstehen. Das Recht und die Berechtigung des Pflichtteilsberechtigten sowie die Höhe des Pflichtteils werden nach wie vor aufgrund der Position des gesetzlichen Erben und dessen Erbteils bestimmt. Wie unten noch auszuführen ist, wird meistens, wenn von dem Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts die Rede ist, vom gesetzlichen Erbrecht ausgegangen oder zu-

8 Vgl. ferner den Hinweis bei Y. SHIOMI, *Iryū-bun gensai seikyū-ken* [Der Pflichtteilergänzungsanspruch], *Hōritsu Jihō* 89-11 (2017) 60 f., dass es dabei nicht bloß um die Umwandlung des Pflichtteilergänzungsanspruchs in einen Geldwert geht.

9 *Minpō (sōzoku kankei) tō no kaisei ni kan suru chūkan shian no hosoku setsumei* [Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf für eine Reform des Zivilgesetzes (betreffend das Erbrecht) etc. ] 55f., online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001198631.pdf>.

10 SHIOMI (Fn. 8) 60.

11 SHIOMI (Fn. 8) 61, 62 .

mindest von einer engen Verbindung zu diesem. Deshalb kann man wohl nicht sagen, dass nach der Reform das Pflichtteilsrecht völlig unabhängig von den Regelungen des gesetzlichen Erbrechts anzusehen ist.

*d) Eigener Ansatz*

*aa) Einordnung des gesetzlichen Erbrechts und Verhältnis zur Testierfreiheit*

Nach dem Zivilgesetz der Meiji-Zeit wurde der Zweck des Pflichtteilsrechts in der Bewahrung des Familienvermögens gesehen. Unter dem heutigen Zivilgesetz lässt sich aufgrund der Abschaffung des Haussystems und damit der Regeln zur Vererbung des Hausvermögens sowie des Wandels der Familie von einer Erwerbsgemeinschaft zu einer Verbrauchsgemeinschaft dieser Zweck jedoch nicht mehr rechtfertigen. Viele sehen den Sinn des Pflichtteilsrechts darin, dass eigentliche Ziel der Nachfolge in den Nachlass (d. h. das Familienvermögen), nämlich die Versorgung (Sicherung des Lebensunterhalts) der Familienmitglieder sowie den Ausgleich impliziter Anteile am Nachlass, zu verwirklichen. Ein weiteres Anliegen des Pflichtteilsrechts sei darüber hinaus, Gerechtigkeit zwischen den Miterben sicherzustellen.<sup>12</sup>

Diese Zwecke des Pflichtteilsrechts stimmen mit den Zielsetzungen des gesetzlichen Erbrechts überein und können als auf Gerechtigkeit und öffentlicher Ordnung, die das die Nachfolge in den Nachlass regelnde Erbrecht durchdringen, beruhend angesehen werden. Demnach stellt das gesetzliche Erbrecht die Grundregeln für die Aufteilung des Vermögens und die Nachfolge nach dem Tod dar, welche gewöhnlich nicht nur auf dem vermuteten Erblasserwillen beruhen, sondern Gerechtigkeit und öffentliche Ordnung verkörpern.

*bb) Rechtfertigung der Testierfreiheit*

Im Gegensatz zur gesetzlichen Erbfolge gewährt die Testierfreiheit dem Erblasser die Möglichkeit, unter Berücksichtigung der individuellen Umstände selbst eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Regelung zu treffen. Die Testierfreiheit beruht auf dem Grundsatz der Privatautonomie, während der Pflichtteil als Beschränkung der Testierfreiheit aufgrund der verschiedenen Erfordernisse des Erbrechts anzusehen ist.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Testierfreiheit ohne weiteres auf den Grundsatz der Privatautonomie zurückgeführt werden kann.<sup>13</sup> Diesbe-

---

<sup>12</sup> Siehe etwa SHIOMI (Fn. 8) 54 ff.

<sup>13</sup> So ließe sich etwa auch sagen, dass mit dem Tod des Erblassers auch kein Rechtsobjekt für dessen Vermögen mehr vorhanden ist und damit nach dessen Tod die Privatautonomie des Erblassers nicht mehr zur Anwendung kommt. Demnach wäre

zöglich kann man zunächst sagen, dass gerade der Erblasser am besten über die Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs bzw. der Sicherung des Lebensunterhalts im Verhältnis zu bestimmten Personen, die in einer engen Beziehung zu ihm stehen, Bescheid weiß und bei Beendigung dieser engen Beziehung (also bei seinem Tod) über sein Vermögen in der für die Beteiligten am vorteilhaftesten Weise zu verfügen vermag.<sup>14</sup> Wenn dem so ist, dann kann man die Testierfreiheit als etwas verstehen, das dem Erblasser gewährt wird, um die Postulate des Erbrechts, die den Regeln über die Vermögensnachfolge beim Tod einer Person zugrunde liegen – Sicherung des Lebensunterhalts naher Verwandter, Vermögensausgleich, Berücksichtigung von Leistungen – tatsächlich zu verwirklichen. Die Testierfreiheit (bzw. das auf dieser aufbauende Institut des Testaments) lässt sich dabei als Mittel für die materielle Verwirklichung der vom Erbrecht vorgesehenen Vermögensnachfolge, das durch das Vertrauen in den Erblasser, dass er eine solche Vermögensnachfolge durchführt, gerechtfertigt wird, verstehen.<sup>15</sup>

Um die Bedeutung des Pflichtteilsrecht in Deutschland und Japan zu hinterfragen, ist eine praktische Untersuchung des Pflichtteilsrechts, die nicht das Wesen der Testierfreiheit herausarbeitet und lediglich auf die Beschränkung der Privatautonomie durch den Pflichtteil abstellt, wohl nicht ausreichend. Denkbar wäre es stattdessen von dem Verständnis auszugehen, dass der Erblasser unter Berücksichtigung des Vermögensausgleichs und der Notwendigkeit der Sicherung des Lebensunterhalts im Verhältnis zu seinen nahen Verwandten, in einer solchen Weise über das Vermögen verfügen kann und auch tatsächlich verfügt, dass es nach seinem Tod für die Betroffenen am vorteilhaftesten ist.<sup>16</sup> Im Folgenden soll unter Zugrundelegung eines solchen Verständnisses<sup>17</sup> der Versuch unternommen werden, die Bedeutung des Pflichtteilsrechts zu ergründen.

---

die Testierfreiheit als Rechtsinstitut des Erbrechts zu verstehen, das es dem Erblasser erlaubt, gemäß seinem lebzeitigen Willen zu verfügen.

14 Dies beruht auf dem Gedanken des *father-knows-best*-Prinzip wie etwa bei A. DUTTA, Warum Erbrecht? (Tübingen 2014) 11, 412 dargestellt.

15 Vgl. D. LEIPOLD, Einleitung, in: Münchener Kommentar BGB, Band 11 Erbrecht (7. Aufl., München 2017) Rn. 18 ff.

16 Siehe auch die Ausführungen zum strategischen Einsatz von Testamenten unten 3.b)cc)(2)(a). In diesem Zusammenhang wird auch darauf verwiesen, dass Streitfälle rund um den Pflichtteilsergänzungsanspruch in Japan meist zwischen Miterben auftreten, vgl. SHIOMI (Fn. 6) 3 ff.

17 Gegenüber diesem Verständnis sind selbstverständlich Einwände denkbar. Siehe dazu unten IV.

### 3. Überprüfung der Bedeutung des Pflichtteils

#### Fall

A pflegte X viele Jahre, während B und X seit langem keinen Kontakt mehr hatten.

Variante 1: X wendet B etwas im Wege eines Vermächnisses zu. A ist das Kind von X und verlangt als Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteil.

Variante 2: X wendet A etwas im Wege eines Vermächnisses zu. B ist das Kind von X und verlangt als Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteil.

#### a) Bedeutung des Pflichtteils

Der Erblasser ist es, der auf Grundlage der Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs zwischen ihm und seinen nahen Verwandten bzw. der Sicherung des Lebensunterhalts, seine Vermögensnachfolge bestimmt. Dieses Verständnis der Testierfreiheit weist jedoch eine Schwachstelle auf. Denn, wie man sich leicht vorstellen kann, macht der Erblasser ein Testament nicht dazu, um ein Verbundenheitsgefühl aus einer engen Beziehung zu einer Person zu erhalten und zu stärken (d. h. um den Lebensunterhalt einer ihm nahestehenden Person zu sichern oder einen Vermögensausgleich herbeizuführen).

In Variante 1 des oben angeführten Falles beispielsweise kann durch den Pflichtteil als zwingendem Eingriff in gewissen Umfang ein nachträglicher Vermögensausgleich (Berücksichtigung von Beiträgen zum Vermögen) bzw. die Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Tod des Erblassers verwirklicht werden. Insoweit kommt dem Pflichtteil die Bedeutung zu zu verhindern, dass eine enge Beziehung durch die „willkürliche“ Verwendung des Testaments durch den Erblasser zerstört wird.

#### b) Erfordernis der Anpassung des Pflichtteils an die tatsächlichen Gegebenheiten und weiterführende Überlegungen

##### aa) Anpassung des Pflichtteils an die tatsächlichen Gegebenheiten

In Variante 2 des oben angeführten Falles ist das Vermächnis an A eine Berücksichtigung der durch A erbrachten Pflege und kann als „gerecht“ angesehen werden. Dies ist unabhängig davon, ob A Erbe von X ist oder (z. B. als Lebensgefährte) kein Erbe ist. Handelt es sich hingegen bei B beispielweise um ein erwachsenes Kind, das seinen eigenen Lebensunterhalt verdient, und hatte B bis dahin mit dem Erblasser keinen Kontakt, so besteht weder die Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs noch ist es erforderlich, seinen Lebensunterhalt zu sichern. Macht B dennoch seinen

Pflichtteil geltend, so könnte dies eine unangemessene Beschränkung des (gerechten) Willens des Erblassers darstellen.

*bb) Rechtsvergleichender Ausblick*

Rechtsvergleichend zeigt sich in Gesetzgebung und akademischer Diskussion die Tendenz, das Pflichtteilsrecht dahingehend zu reformieren, dass den tatsächlichen Bedürfnissen nach Sicherung des Lebensunterhalts des Pflichtteilsberechtigten und des Ausgleichs Rechnung getragen wird. Dies kann in verschiedener Weise erfolgen. So können beispielsweise Kinder ganz allgemein vom Pflichtteil ausgenommen werden, da aufgrund der zunehmenden Lebenserwartung Kinder im Zeitpunkt des Todes ihrer Eltern bereits eigenständig sind und ihren eigenen Lebensunterhalt verdienen, so dass kaum eines der genannten Bedürfnisse besteht. Ferner ist es denkbar, nicht allein die Verwandtschaft zum Erblasser, sondern auch die Angewiesenheit auf Unterhaltsleistungen zur Voraussetzung des Pflichtteilsanspruchs zu machen. Vorstellbar ist auch, den Pflichtteil von Pflichtteilsberechtigten, die keine tatsächliche Beziehung zum Erblasser hatten, herabzusetzen.<sup>18</sup>

*cc) Bedeutung des Verwandtschaftsverhältnisses als Grundlage des Pflichtteilsanspruchs*

*(1) Verwandtschaftliches Verhältnis als Grundlage*

In Japan (Art. 1042 ZG n. F.<sup>19</sup>) wie in Deutschland (Art. 2303, 2309 BGB) bildet hingegen ein bestimmtes rechtlich anerkanntes Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser die alleinige Grundlage für den Pflichtteilsanspruch. Auch das gesetzliche Erbrecht wird in gleicher Weise auf Grund des Verwandtschaftsverhältnisses bestimmt. Angesichts der gestiegenen Lebenserwartung und des damit einhergehenden Wandels der Bedürfnisse in Hinblick auf Sicherung des Lebensunterhalts und Vermögensausgleich wird auf die Notwendigkeit einer Reform des Ehegattenerbteils hingewiesen. Anders als beim gesetzlichen Erbteil kann es durch die Geltendmachung des Pflichtteils durch den Berechtigten zu einer Störung der „gerechten“ Entscheidung des Erblassers kommen. Daher ist beim Pflichtteil in noch höhe-

18 Dies beruht auf der Analyse von DUTTA (Fn. 14) 433 ff. Siehe ferner auch D. HENRICH, Familienrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich, in: Henrich/Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich (Bielefeld 2001) 371 ff.; R. FRANK, *Doitsu sōzoku-hō ni okeru iryū-bun no gendai-teki igi, ko no iryū-bun wa jidai ni tekigō shite iru ka* [Die Bedeutung des Pflichtteils im deutschen Erbrecht heute – Ist der Pflichtteil des Kindes zeitgemäß?], *Dōshisha Hōgaku*, 65-1 (2013) 269 ff. (übersetzt von Kamitani/Katsui).

19 In Japan wird Erben mit Ausnahme der Geschwister ein Pflichtteil gewährt.

rem Maße als beim gesetzlichen Erbrecht eine Anpassung des Pflichtteils an die tatsächlichen Bedürfnisse zu prüfen. Anders ausgedrückt: es ist fraglich, ob sich eine einheitliche und formale Regelung des Pflichtteils auf Grundlage allein des Verwandtschaftsverhältnisses rechtfertigen lässt.<sup>20</sup>

(2) *Erhaltung und Stärkung familiärer Beziehungen*

Die Frage, ob eine solche Rechtfertigung des Pflichtteils möglich ist, hat mit der Funktion des Pflichtteils und des Testaments zu tun, die diese in Hinblick auf die Erhaltung und Stärkung familiärer Beziehungen erfüllen.

(a) *Erhaltung familiärer Beziehungen durch den strategischen Einsatz von Testamenten*

Die Verbindung zum Erblasser im Rahmen eines rechtlich anerkannten Familienverhältnisses bedeutet für die möglichen Erben eine vom Erblasserwillen unbeeinflusste, jedenfalls gesicherte Vermögensnachfolge in Form des Pflichtteils. Indem durch die Existenz des Pflichtteilsrechts eine sichere Vermögensnachfolge gewährleistet wird, kann man davon ausgehen, dass mögliche Erben die Verbindung zum Erblasser aufrechterhalten und verfestigen.<sup>21</sup>

Demgegenüber wird jedoch auch auf die strategische Verwendung des Testaments durch den Erblasser zum Erhalt und zur Förderung der familiären Beziehungen hingewiesen. Potentielle Erben erwarten von einem altruistischen Erblasser (typisches Beispiel sind ihre Kinder liebende Eltern), dass sie durch die gesetzliche Erbfolge einen bestimmten Vermögensteil erlangen. Aufgrund der Testierfreiheit kommt dem Erblasser allerdings die Befugnis zu von der gesetzlichen Erbfolge abweichende Verfügungen über sein Vermögen zu treffen. Aus der Sicht der möglichen Erben besteht daher ein Anreiz dazu, das Familienverhältnis, das die Grundlage für das gesetzliche Erbrecht bildet, aufrechtzuerhalten oder noch zu festigen, um so den gesetzlichen Erbteil oder einen höheren Anteil am Vermögen zu erben. Ein (vielleicht eigennütziger) Erbe wird so etwa ein (auf den ersten Blick) altruistisches Verhalten an den Tag legen, etwa die Pflege oder Unterstützung des Erblassers. Das Institut des Testaments mit der Freiheit, ein Testament zu errichten, aber auch es wieder zu widerrufen, setzt somit Anreize zu einem altruistischen Verhalten gegenüber dem Erblasser.<sup>22</sup>

---

20 DUTTA (Fn. 14) 427 ff.; A. RÖTHEL, Solidaritätskonzept und Statusorientierung des Erbrechts, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität (Tübingen 2008) 85 ff.

21 Vgl. DUTTA (Fn. 14) 428 f.

Bei einem solchen Verständnis kann das Vorhandensein des Pflichtteilsrechts zu einer Schwächung des Anreizes für die Erben zu einem altruistischen Verhalten führen. Denn auch ein möglicher Erbe, der sich nie uneigennützig verhalten hat, erlangt durch den Pflichtteil einen Teil des Vermögens.<sup>23</sup>

*(b) Gewährleistung der Gerechtigkeit durch das Pflichtteilsrecht*

Wie die Ausführungen zur strategischen Verwendung des Testaments gezeigt haben, vermag das Pflichtteilsrecht nur schwer, altruistische Unterstützung und Pflege innerhalb der familiären Beziehungen zu fördern; von ihm ist vielmehr nur eine formale Aufrechterhaltung der familiären Bindung zu erwarten. Dieser bloß formalen Aufrechterhaltung kommt aber beim Ausgleich struktureller Ungleichgewichte Bedeutung zu.<sup>24</sup> Angenommen beispielsweise zwischen den Kindern des Erblassers gibt es, obwohl allen die gleiche rechtliche Stellung als Kind zukommt, ein strukturelles Ungleichgewicht. Typische Beispiele hierfür sind das Vorhandensein nicht ehelicher Kinder oder Kinder aus einer früheren Ehe. Auch in Japan gibt es tatsächlich vereinzelt Fälle, in denen es um den Pflichtteil nicht ehelicher Kinder oder Kinder aus einer früheren Ehe ging.<sup>25</sup> Es kommt vor, dass diese Kinder aufgrund der Umstände ihrer Geburt sowie der familiären Verhältnisse von Anfang an nicht die Möglichkeit haben, eine enge Beziehung zum Erblasser aufzubauen, zu seinem Vermögen beizutragen sowie die Bindung zu erhalten und zu stärken. Im Fall eines derartigen strukturellen Ungleichgewichts erscheint es sinnvoll, gegenüber willkürlichen Verfügungen des Erblassers zumindest formal ein Mindestmaß an Gleichheit aufrechtzuerhalten. Dem Pflichtteil kommt dabei die Rolle zu, genau eine derartige formale Gleichheit zu gewährleisten.<sup>26</sup>

4. *Zwischenfazit*

Ausgehend von der Annahme, dass im Pflichtteilsrecht die vom Erbrecht geforderte „Gerechtigkeit“ und „öffentliche Ordnung“ verwirklicht sind, wurden bisher die konkreten Ziele des Pflichtteilsrechts untersucht. Neben der Sicherung des Lebensunterhalts des Pflichtteilsberechtigten und dem Vermögensausgleich stellte sich hier die Frage der Gleichheit bzw. Gerech-

22 Vgl. DUTTA (Fn. 14) 422 f.; siehe ferner 424 ff. mit weiterführenden Überlegungen von Dutta.

23 Vgl. DUTTA (Fn. 14) 427 ff.

24 RÔTHEL (Fn. 20) 117 ff.

25 M. AOTAKE, *Iryū-bun seido no igi ni tsuite* [Zur Bedeutung des Pflichtteils], in: Mizuno (Hrsg.), *Sōzoku-hō no rippōteki kadai* [Fragen des Erbrechts de lege ferenda] (Tōkyō 2016) 229 ff.

26 AOTAKE (Fn. 25) 236.

tigkeit innerhalb von Verwandtschaftsverhältnissen. Sieht man allerdings die Testierfreiheit als Mittel zur materiellen Verwirklichung der vom Erbrecht geforderten Sicherung des Lebensunterhalts von nahen Verwandten sowie des Vermögensausgleichs bzw. sieht man dies als zutreffendes Verständnis der tatsächlichen Zustände an, so stellt sich die Frage, wie insbesondere die Berücksichtigung der auf dem rechtlichen Verwandtschaftsverhältnis beruhenden Gerechtigkeit zu bewerten ist.

### III. LEISTUNGEN DURCH NICHTERBEN

Ist in Variante 2 des oben angeführten Falls A, der die Pflegeleistungen gegenüber dem Erblasser X erbracht hat, kein Erbe, so ist es möglich, einen Ausgleich für die Aufwendungen für die Pflege sowie eine Entlohnung hierfür durch Testament zu verwirklichen. Nicht immer besteht aber in solchen Fällen ein Testament oder ein Vertrag. In der Diskussion um die gegenwärtige Erbrechtsreform wurde daher geprüft, welche Möglichkeiten bestehen, um Leistungen von Personen, die keine Erben sind, aber tatsächlich Pflegeleistungen gegenüber dem Erblasser erbracht haben, im Rahmen des Erbrechts zu berücksichtigen.

#### 1. Neueinführung des Ausgleichs „besonderer Leistungen“

##### a) Das Problem

Ein typisches Beispiel für eine Leistung durch Nichterben ist, dass die Ehefrau des Erben den Erblasser (Vater oder Mutter ihres Mannes) pflegt und dadurch zum Erhalt oder zur Steigerung des Vermögens des Erblassers beiträgt. In der bisherigen Praxis wurde die Leistung der Ehefrau als Beitrag des Ehemannes, der Erbe ist, berücksichtigt, indem die Ehefrau als Erfüllungsgehilfin ihres Mannes angesehen und somit das Ehepaar als Einheit behandelt wurde. Daran wird jedoch unter anderem kritisiert, dass die Rechtsgrundlage unklar sei.<sup>27</sup>

##### b) Reform

Nach der Reform soll ein Verwandter des Erblassers, der gegenüber dem Erblasser unentgeltlich Pflegeleistungen oder andere Arbeitsleistungen erbracht und damit in besonderer Weise zum Erhalt oder zur Mehrung des Vermögens des Erblassers beigetragen hat, mit Eintritt des Erbfalls von den Erben die Zahlung eines Geldbetrages verlangen können, dessen Höhe entsprechend der Leistung des Verwandten durch die Parteien einvernehmlich festzusetzen ist (Art. 1050 ZG n.F.).

---

<sup>27</sup> Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf (Fn. 9) 80.

## 2. Fragestellungen

### a) Grenzen der Lösung im Wege des Vermögensrechts

Zur Berücksichtigung von Leistungen von Nichterben ist nicht nur eine Lösung im Wege des Erbrechts, sondern auch durch vertragsrechtliche Konstruktionen oder durch Geschäftsführung ohne Auftrag denkbar. Der Reformdiskussion lag jedoch die Annahme zugrunde, dass der Bewältigung im Rahmen des Vermögensrechts gewisse Grenzen gesetzt sind.

Erstens ist angesichts der verwandtschaftlichen Beziehung zum Erblasser der Abschluss eines entgeltlichen Quasi-Auftragsvertrags oder ähnliches praktisch schwierig, auch wäre in vielen Fällen wohl anzunehmen, dass stillschweigend vereinbart wurde, die Aufwendungen nicht zu erstatten, oder dass auf den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen verzichtet wurde.<sup>28</sup>

Zweitens ist bei der Geschäftsführung ohne Auftrag zwar der Ersatz von Aufwendungen möglich, ein Anspruch auf Vergütung wird jedoch nicht anerkannt.<sup>29</sup> Ferner sei, wenn man der Ansicht folge, dass die Geschäftsführung ohne Auftrag als Ausnahme vom Grundsatz der Privatautonomie ausnahmsweise eine Einmischung in die Angelegenheiten eines anderen erlaube, die an sich widerrechtlich wäre, der Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag einzuschränken. Daher sei in Fällen, in denen zwischen den Parteien Übereinstimmung darüber bestehe, dass eine bestimmte Tätigkeit erfolgen solle, wie es gewöhnlich bei der Pflege durch Verwandte der Fall sei, grundsätzlich das Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu verneinen.<sup>30</sup>

Die Verfasser des Reformentwurfs wollten außerdem rechtliche Konstruktionen möglichst vermeiden, aufgrund derer der Pflegende bereits zu Lebzeiten des Erblassers einen konkreten Anspruch hat, sondern eine erbrechtliche Lösung festschreiben. Dahinter steht wohl der Wunsch, Kritik zu vermeiden, dass eine Regelung geschaffen wurde, aufgrund derer innerhalb der Familie Pflege verlangt werden kann.<sup>31</sup>

### b) Grundlage des Anspruchs des pflegenden Nichterben

Es stellt sich die Frage, wie sich der Anspruch des pflegenden Nichterben auf Zahlung eines Geldbetrages begründen lässt.

---

28 Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf (Fn. 9) 81.

29 Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf (Fn. 9) 81.

30 Erläuternde Bemerkungen zum Zwischenentwurf (Fn. 9) 81.

31 *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 10* [Unterlage 10 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 14, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001178649.pdf>.

*aa) Wille des Erblassers?*

Im Verlauf der Diskussion um die Reform wurde bis zur Vorlage des sogenannten Zwischenentwurfs der Anspruch mit dem Willen des Erblassers begründet. Das heißt, man nahm an, dass der Erblasser den (einem Vermächtnis ähnlichen) Willen hatte, dem pflegenden Nichterben den entsprechenden Betrag zukommen zu lassen.<sup>32</sup> Daher wurde vertreten, dass im Fall, dass der Erblasser im Testament einen gegenteiligen Willen erklärt, der Anspruch des Nichterben ausgeschlossen sei. In der Vorlage des Entwurfs des Legislativausschusses wurde dem Nichterben aber ein Anspruch auf eine Geldleistung ganz unabhängig vom Willen des Erblassers gewährt.<sup>33</sup> Dies hängt damit zusammen, dass der Anspruch gegenüber Vorentwürfen ausgeweitet wurde, indem die Anspruchsberechtigung auf Verwandte ausgedehnt wurde, und sich damit weniger aus dem vermuteten Willen des Erblassers als vielmehr mit der Zielsetzung der Herstellung materieller Gerechtigkeit begründet.<sup>34</sup>

*bb) Kreis der Anspruchsberechtigten*

Im Verlauf der Reformdiskussion wurde der Vorschlag vorgebracht, den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht einzuschränken.<sup>35</sup> Demgegenüber wurde jedoch vertreten, dass eine Begrenzung wünschenswert wäre, um zu verhindern, dass erbrechtliche Streitigkeiten komplexer und langwieriger werden. Es wurde daher vorgeschlagen, die Anspruchsberechtigten auf Verwandte bis zum dritten Grad zu beschränken.<sup>36</sup>

In der Vorlage des Entwurfs des Legislativausschusses wurde ausdrücklich die Beschränkung der Anspruchsberechtigten auf Verwandte festge-

32 *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 19-1* [Unterlage 19-1 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 3, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001222141.pdf>.

33 *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 26-2* [Unterlage 26-2 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 12, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001246035.pdf>.

34 Unterlage 26-2 (Fn. 33) 12.

35 *Hōsei shingi-kai minpō (sōzoku kankei) bukai dai-10-kaigi gijiroku* [Protokoll der 10. Sitzung der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 39ff., online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001199009.pdf>; *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 11* [Unterlage 11 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 27 f., online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001182269.pdf>.

36 *Yōkō-an no tatakai-dai (1)* [Diskussionvorlage für die Vorlage des Entwurfs des Legislativausschusses (1)], *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 22- 1* [Unterlage 22-1 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)], Nr. 6 Variante 1, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001227620.pdf>.

legt.<sup>37</sup> Der Anspruch des Nichterben wird damit als Erweiterung der Berücksichtigung von Leistungen, wie in Art. 904-2 ZG vorgesehen, auf Personen, deren rechtliche Stellung der von Erben gleichzuhalten ist, angesehen.<sup>38</sup> Dies beruht darauf, dass, insoweit als die Verteilung des Nachlasses unter denjenigen stattfindet, die in einem bestimmten Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser stehen, Kontinuität mit den Regelungen des geltenden Rechts gewahrt wird.<sup>39</sup>

*cc) Materielle Gerechtigkeit*

Davon ausgehend wird darauf verwiesen, dass der Anspruch des Nichterben die materielle Gerechtigkeit zwischen Verwandten, die Erben gleichzusetzen sind, berücksichtigt.<sup>40</sup>

*3. Zwischenfazit*

In der Reformdiskussion wurden für den Fall, dass die Parteien vereinbart hatten, für tatsächliche Leistungen wie Pflegeleistungen keinen Aufwandsersatz oder Vergütung zu leisten, verschiedene Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Leistungen an den Erblasser untersucht. Jedoch bestehen starke Vorbehalte, ob in einem solchen Fall vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit zwischen Erben und pflegendem Nichterben wirklich ein Bedürfnis nach Anerkennung eines Geldanspruchs des Nichterben besteht.

#### IV. ZUM SCHLUSS

Zum Schluss möchte ich noch ein paar Anmerkungen zu einigen der aufgegriffenen Fragen machen und damit vielleicht auch ein paar Anregungen für die folgende Diskussion geben.

---

37 *Yōkō-an no tataki-dai (4)* [Diskussionvorlage für die Vorlage des Entwurfs des Legislativ Ausschusses (4)], *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 25- 1* [Unterlage 25-1 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)], Nr. 6 Variante 1, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001244447.pdf>.

38 Unterlage 26-2 (Fn. 33) 12.

39 *Minpō (sōzoku kankei) bukai shiryō 25-2* [Unterlage 25-2 der Kommission für das Zivilgesetz (betreffend das Erbrecht)] 20, online abrufbar unter <http://www.moj.go.jp/content/001244448.pdf>.

40 Unterlage 26-2 (Fn. 33) 12.

### 1. *Der Wille des Erblassers und seine Grenzen bei der gewillkürten Erbfolge*

Dieser Beitrag beruht auf dem Gedanken, dass die Testierfreiheit darin begründet liegt, dass der Erblasser selbst am besten weiß, ob bei Personen, die ihm nahestehen, die Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs oder der Sicherung des Lebensunterhalts besteht, und er selbst am besten zum größten Vorteil aller Beteiligten entscheiden kann. Nach diesem Modell stellt der Grundsatz der Testierfreiheit ein Mittel dar, um die Gerechtigkeit im Erbrecht in höherem Ausmaß tatsächlich zu verwirklichen.

#### a) *Selbstbestimmung des Erblassers*

Gegen dieses Verständnis wird es jedoch je nach der historischen Entwicklung in den einzelnen Ländern und dem jeweiligen Standpunkt Einwände geben. So lässt sich daran zunächst kritisieren, dass die Selbstbestimmung durch Testament gewisse strukturelle Schwächen aufweist. Denn, so könnte man sagen, beim Vermächtnis handelt es sich, anders als beim Vertrag, nur um eine „einseitige Privatautonomie“ und nicht um eine Entscheidung, die die Interessen der Beteiligten ausreichend berücksichtigt. Dagegen könnte man erstens einwenden, dass der Erblasser ein altruistisches Testament errichtet, das die Interessen ihm nahestehender Personen berücksichtigt, da die Vermögensverfügung durch Testament erst nach dem Tod des Erblassers stattfindet<sup>41</sup>. Zweitens könnte man anmerken, dass im Fall der strategischen Verwendung des Testaments, um Pflege und Unterstützung zu Lebzeiten des Erblassers zu fördern, die familiären Beziehungen gestärkt werden.

#### b) *Verhaltensanalyse in Bezug auf Testamente*

Aufgrund von Verhaltensanalysen in Bezug auf den Nachlass wird gesagt, dass bei Japanern der Anteil jener, die das Vermögen gerecht unter den Erben aufteilen wollen, international gesehen (insbesondere im Vergleich mit den USA u. a.) gering ist.<sup>42</sup> Es wird auch darauf hingewiesen, dass es in vielen Fällen der älteste Sohn ist, der sich um seine Eltern kümmert und dem dann auch das gesamte Vermögen vererbt wird.<sup>43</sup>

---

41 DUTTA (Fn. 14) 415 f.

42 C. Y. HORIOKA, *Naze hitobito wa isan o nokosu no ka? Aijō kara na no ka, riko-shin kara na no ka? Isan dōki no kokusai bunseki* [Warum vererben die Leute ihr Vermögen? Aus Zuneigung oder aus Eigennutz? Internationale Studie der Motive der Vererbung] AGI Working Paper Series 2014-14, 6.

43 S. YAMASHIGE, *Kazoku to shakai no keizai bunseki* [Ökonomische Analyse von Familie und Gesellschaft] (Tōkyō 2013) 121 f.

Wendet der Erblasser in Hinblick auf die von den möglichen Erben erbrachte Pflege und deren sonstiges Verhalten unter Berücksichtigung der Notwendigkeit eines Vermögensausgleichs bzw. der Sicherung des Lebensunterhalts diesen etwas im Wege eines Vermächnisses zu, so kann dies wohl als eine die Erfordernisse des Erbrechts, insbesondere die Berücksichtigung von Leistungen und den Vermögensausgleich, materiell verwirklichende Entscheidung des Erblassers ansehen.

*c) Bedeutung des Pflichtteils – formelle Gerechtigkeit*

Es ist allerdings aber auch möglich, dass ein Testament errichtet wird, das eine von den Erfordernissen des Erbrechts abweichende Vermögensnachfolge herbeiführt. Gerade in diesen Fällen ist es der Pflichtteil, durch den der Vermögensausgleich zwischen nahen Verwandten und die Sicherung des Lebensunterhalts verwirklicht wird.

Aber auch wenn das Testament des Erblassers aufgrund des tatsächlichen Verhältnisses zu seinen nächsten Verwandten als rationale Entscheidung erscheinen mag, kann sie letztlich unbewusst durch die eigenen Umstände und Anschauungen determiniert sein.

In diesem Zusammenhang wird auch vertreten, dass für diejenigen, die sich wie nichteheliche Kinder oder Kinder aus einer früheren Ehe in einem strukturellen Ungleichgewicht befinden, durch die Zuerkennung eines Pflichtteils das Ungleichgewicht in einem Mindestmaß ausgeglichen wird und eine formale Gleichheit sichergestellt wird. Manche weisen auch daraufhin, dass dies Parallelen zur Situation im Vertragsrecht aufweist, wo die Vertragsfreiheit durch die im Sinne der öffentlichen Ordnung geforderte Gleichbehandlung von Ausländern oder Behinderten eingeschränkt wird.<sup>44</sup> Hier ist das Verhältnis von Gleichbehandlung und Privatautonomie in Hinblick darauf näher zu untersuchen, ob eine gleiche Herangehensweise wie im Fall der Vertragsfreiheit möglich ist.

*2. Die Familie als altruistische Beziehung?*

Zum Schluss soll noch angesprochen werden, dass sowohl bei der gewillkürten wie bei der gesetzlichen Erbfolge vorausgesetzt wird, dass innerhalb der Familie altruistisch gehandelt wird (z. B. in Form unentgeltlicher Pflege). In diesem Zusammenhang ist der zuletzt behandelte Themenbereich der Berücksichtigung von Leistungen durch Nichterben wieder aufzugreifen. In der diesbezüglichen Diskussion wird von dem Verständnis ausgegangen, dass es sich bei der Pflege um Leistungen handelt, die auf familiären und damit von Unentgeltlichkeit und Altruismus geprägten Beziehun-

---

<sup>44</sup> AOTAKE (Fn. 25) 235, 236.

gen basieren und dies auch sollten. Einerseits kann man dieses Verständnis nicht einfach als selbstverständlich ansehen und annehmen, dass zwischen den Parteien vereinbart wurde, die Pflege unentgeltlich zu leisten, oder dass es überhaupt keine Vereinbarung gab. Wie bereits in der Diskussion um die Einführung einer Pflegeversicherung deutlich wurde, berührt dies nicht nur die Selbstbestimmung auf Seiten desjenigen, der die Last der Pflege auf sich nimmt, sondern auch auf Seiten des Gepflegten, nämlich die Entscheidung, von wem und wie er gepflegt werden möchte. Andererseits lässt sich nicht leugnen, dass insbesondere der Gepflegte dazu neigt, bei seiner Pflege ein altruistisches Verhalten zu verlangen. Sowohl das Testament (die strategische Verwendung des Testaments) als auch die in der Reform vorgesehenen Maßnahmen zur Berücksichtigung der Pflege durch Nichterben können als Rechtsinstitute zur Vermögenverfügung angesehen werden, die mit dem Wunsch eines altruistischen Verhaltens in der Familie übereinstimmen. Für den Gesetzgeber ist es ferner vielleicht auch insofern die beste Lösung, als er durch die Setzung eines Anreizes zur Pflege innerhalb der Familie letztlich die von der Allgemeinheit zu tragende Last verringert.

Wenn durch die Reform vermehrt Anreize zur Pflege durch Nichterben gesetzt werden, so ist gut vorstellbar, dass die Pflege innerhalb der Familie größere Verbreitung findet. Vielleicht entspricht das dem, was die Parteien wirklich wünschen, vielleicht werden aber entsprechende Vereinbarungen getroffen und ein derartiges Verhalten gesetzt, weil das Erbrechtssystem dazu drängt.



### **III. Privatautonomie im Sachenrecht**



# Privatautonomie und Typenzwang im Sachenrecht

*Christian Heinze\**

- I. Einführung
- II. Privatautonomie und Typenzwang
  - 1. Typenzwang als sachenrechtlicher Grundsatz
  - 2. Rechtfertigung des Typenzwangs
  - 3. Spielraum für die Privatautonomie innerhalb des Typenzwangs
  - 4. Weiterer Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht
  - 5. Gegenbewegungen in jüngerer Zeit: Die Neuregelung der Sicherungsgrundschuld?
- III. Ergebnisse

## I. EINFÜHRUNG

Während uns im Schuldvertragsrecht zahlreiche zwingende Vorschriften begegnen, die dem Schutz einer als unterlegen empfundenen Vertragspartei dienen und aus der Perspektive unseres Oberthemas „Privatautonomie und Eigenverantwortung“ skeptisch betrachtet werden können,<sup>1</sup> stellt sich der Befund im Sachenrecht anders dar: Unterschiedlich ist zunächst der Ausgangspunkt, insofern bereits der historische Gesetzgeber das Sachenrecht als im Regelfall zwingend, das Schuldrecht hingegen als im Regelfall abdingbar verstanden hat.<sup>2</sup> Die im Schuldvertragsrecht zuweilen beklagte Tendenz zum Ausbau des zwingenden Rechts zum Nachteil der Vertragsfreiheit lässt sich daher nicht in gleicher Weise beobachten. Eher mag man im Sachenrecht eine gegenläufige Entwicklung in Richtung des Ausbaus privatautonomer Gestaltungsmöglichkeiten beobachten, zum einen durch die richterrechtliche Erweiterung des Katalogs zulässiger Sachenrechtstypen,<sup>3</sup> zum anderen (weniger offensichtlich, aber wirkmächtiger) durch die

---

\* Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht, Direktor des Instituts für Rechtsinformatik, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

1 Dazu jüngst K. RIESENHUBER, Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei, in diesem Band, S. 3.

2 Nachweis unten Fn. 11.

3 Auf eine „Typenevolution“ im Sachenrecht durch gesetzgeberische (Erbbaurecht, Wohnungseigentum) und richterliche Billigung (Sicherungseigentum) weist A. RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizie-

Liberalisierung der Gestaltungsmöglichkeiten beim Inhalt der dinglichen Rechte, vor allem durch den Ausbau von Parteivereinbarungen mit quasinglinglicher Wirkung, also mit Wirkung auch für den Sonderrechtsnachfolger.<sup>4</sup> Zudem ist der Rechtfertigungsgrund des zwingenden Rechts im Sachenrecht ein anderer als im Schuldrecht: Während im Schuldrecht der Schutz bestimmter Personengruppen (etwa Verbraucher, Mieter, Arbeitnehmer, Kapitalanleger) Zweck zahlreicher, wenn auch nicht sämtlicher zwingender Vorschriften ist, wird das zwingende Recht im Sachenrecht, vor allem der Typenzwang, überwiegend mit dem Schutz des Rechtsverkehrs und des Bedürfnisses nach Sicherheit, Klarheit und Vereinfachung gerechtfertigt.<sup>5</sup> Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass jüngere Werke zur Selbstverantwortung im Privatrecht, also eines der beiden Oberthemen unserer Tagung, das Sachenrecht (weitgehend) aussparen.<sup>6</sup>

---

rendes Leuchtfeuer, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht* (Tübingen 2017) 91, 105, hin.

- 4 Diese sind vor allem im Erbbaurecht und im Wohnungseigentumsrecht anzutreffen, zur Drittwirkung von (an sich schuldrechtlichen) Sondernutzungsrechten und der Gemeinschaftsordnung zwischen den Wohnungseigentümern §§ 5 Abs. 4 S.1, 10 Abs. 3 WEG, siehe auch BGHZ 73, 145, 148: durch Eintragung erlange die Gemeinschaftsordnung dingliche Wirkung, ohne ein selbständiges dingliches Recht zu sein.
- 5 C. HEINZE, Einleitung zum Sachenrecht, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (Neubearbeitung 2018, Berlin) Rn. 99 mit weiteren Nachweisen; ausführlich H. FLEISCHER, Der *numerus clausus* der Sachenrechte im Spiegel der Rechtsökonomie, in: Eger (Hrsg.), *Internationalisierung des Rechts und seine ökonomische Analyse. Festschrift für Hans-Bernd Schäfer zum 65. Geburtstag* (Wiesbaden 2008) 125, 127 ff.; C. KERN, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts (Tübingen 2013) 452 ff.
- 6 In seinem einleitenden Überblick zum Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht wird das Sachenrecht im dogmatischen Überblick nicht erwähnt, siehe K. RIESENHUBER, *Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (Tübingen 2011) 1, 7 ff. Zwar findet das Insolvenzrecht Erwähnung, auch mit einem Beitrag von P. WINDEL, *Das Prinzip der Selbstverantwortung und das Insolvenzrecht*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung* (Tübingen 2011) 449. Allerdings vertieft dieser Beitrag nicht das Kreditsicherungsrecht, sondern fokussiert auf die Frage, wer durch das Insolvenzrecht zur Verantwortung gezogen werde. Im Beitrag von RÖTHEL (Fn. 3) wird das Sachenrecht als Beispiel für einen Ausbau der Gestaltungsfreiheit durch eine „Typenevolution“ (105) und als Beispiel für einen Ausbau der Gestaltungsbe-fugnisse aufgrund der Verkehrsbedürfnisse (108) genannt, zugleich aber gesagt, dass der *numerus clausus* im Sachenrecht heute kaum noch als Problem der Privat-autonomie diskutiert werde (103).

Angesichts des (zumindest in jüngerer Zeit) spärlichen Befunds zur Privatautonomie im Sachenrecht will sich der folgende Beitrag dem Oberthema unserer Konferenz, nämlich „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“ aus der Perspektive des Sachenrechts nähern, indem ausgehend von der traditionellen Diskussion um Privatautonomie und Typenzwang die Entwicklung der Privatautonomie im Sachenrecht und ihr Verhältnis zum Prinzip des Typenzwangs skizziert werden. Mit Blick auf bereits vorliegende Beiträge zum Insolvenzrecht<sup>7</sup> soll dieser Bereich ausgespart und der Blick allein auf die Kernmaterie des Sachenrechts fokussiert werden.

Vorab ist noch eine begriffliche Erläuterung geboten: Im Folgenden wird der allgemeinere Begriff der Privatautonomie gegenüber dem Begriff der Vertragsfreiheit bevorzugt, weil nach wie vor mindestens terminologisch umstritten ist, ob die dingliche Einigung tatsächlich als Vertrag anzusehen ist, da sie – neben Eintragung oder Übergabe(surrogat) – lediglich ein Teil des Gesamttatbestands des Verfügungsgeschäfts ist.<sup>8</sup> Selbst wenn man über diese terminologischen Unsicherheiten hinwegsehen mag, so existiert mit den nunmehr umfassend gestatteten Eigentümerrechten mindestens eine Kategorie dinglicher Rechte, die nicht durch Vertrag, sondern allein durch einseitige Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt begründet werden.<sup>9</sup>

## II. PRIVATAUTONOMIE UND TYPENZWANG

### 1. *Typenzwang als sachenrechtlicher Grundsatz*

Bereits die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>10</sup> gingen unter Verweis auf die Selbständigkeit des Sachenrechts davon aus, dass die Vertragsfreiheit im Sachenrecht keinen Platz habe.<sup>11</sup> Es könne den Beteiligten nicht frei

---

7 Oben Fn. 6.

8 Skeptisch etwa C. HEINZE, § 873 Erwerb durch Einigung und Eintragung, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2018, Berlin) Rn. 35 mit weiteren Nachweisen.

9 Dazu HEINZE (Fn. 8) Rn. 33.

10 Zur älteren Rechtsgeschichte KERN (Fn. 5) 67 ff.

11 Motive zum BGB Band III (Berlin 1896) 3 = B. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band III (Berlin 1899) 2: „Das Sachenrecht muß, um seine Selbständigkeit zu wahren, die Erwerbung der dinglichen Rechte nach Gesichtspunkten ordnen, die auf seinem Gebiete liegen. Es hat die Thatsachen, an welche die Erwerbung zu knüpfen ist, nicht minder als den Inhalt der einzelnen Rechte nach deren Wesen und Zwecke zu bestimmen. Den Beteiligten kann es daher nicht freistehen, jedem beliebigen Rechte, welches sich auf eine Sache bezieht, den Charakter des dinglichen zu verleihen. Der Grundsatz der

stehen, beliebige dingliche Rechte durch ihre Parteivereinbarung zu kreieren. Vielmehr müsse das Sachenrecht die Erwerbsvoraussetzungen ebenso wie den Inhalt der dinglichen Rechte „nach deren Wesen und Zwecke“ kraft zwingenden (Gesetzes<sup>12</sup>-)Rechts abschließend bestimmen.<sup>13</sup> Anknüpfend an diese Formulierung ist heute im deutschen Sachenrecht der Typenzwang nahezu<sup>14</sup> einhellig anerkannt: Die Parteien können über die gesetzlich begrenzte Zahl von Sachenrechten hinaus (*numerus clausus*) keine neuen Sachenrechtstypen schaffen oder bestehende Typen inhaltlich verändern;<sup>15</sup> letzteres wird zuweilen auch als „Typenfixierung“ bezeichnet.<sup>16</sup> Um es in den Worten der Rechtsprechung zu formulieren: „Die möglichen dinglichen Rechte und ihr Inhalt [sind] im Sachenrecht grundsätzlich erschöpfend dargestellt“, so dass die „die Teilnehmer am Rechtsverkehr nur in den gesetzlich abgesteckten Grenzen wirksam rechtsgeschäftlich handeln können“<sup>17</sup> – der Typenzwang begrenzt die inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei sachenrechtlichen Rechtsgeschäften.<sup>18</sup> Die herkömmliche Definition des

---

Vertragsfreiheit, welcher das Obligationenrecht beherrscht, hat für das Sachenrecht keine Geltung. Hier gilt der umgekehrte Grundsatz: die Beteiligten können nur solche Rechte begründen, deren Begründung das Gesetz zuläßt. Die Zahl der dinglichen Rechte ist daher notwendig eine geschlossene.“ Die Einschätzung, dass sowohl der Verfasser des Vorentwurfs Johow wie die erste und zweite Kommission von diesem Grundsatz ausgingen, wird auch von den Autoren geteilt, die die Existenz des Typenzwangs im deutschen Recht in Abrede stellen, H. WIELING, Sachenrecht Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen (2. Aufl., Berlin 2006) § 1 II 4 f S. 26.

- 12 H. SEILER, Einleitung zum Sachenrecht, in: Staudinger (Hrsg.), Erwerb durch Einigung und Eintragung (Neubearbeitung 2012, Berlin) Rn. 38 nennt als zweite Quelle neben dem Gesetzesrecht das Gewohnheitsrecht.
- 13 Siehe auch Motive III 856 = Mugdan Band III 478: „Eine vorhergehende dingliche Bindung, welche mit dem Vertragsschlusse eintritt, wird nicht vorgeschrieben und kann auch nicht durch die Privatautonomie der Vertragsschließenden bestimmt werden“ (zur dinglichen Wirkung vor Anzeige der Verpfändung einer Forderung an den Schuldner“.
- 14 Zur vereinzelt Gegenansicht unten bei Fn. 20.
- 15 HEINZE (Fn. 5) Rn. 94.
- 16 BAUR / STÜRNER, Sachenrecht (18. Aufl., München 2009) § 1 Rn. 7; M. WELLENHOFER, Sachenrecht (32. Aufl., München 2017) § 3 Rn. 23; die Typenfixierung vom Typenzwang mitumfasst sehen SEILER (Fn. 12) Rn. 38; J. FÜLLER, Eigenständiges Sachenrecht? (Tübingen 2006) 371.
- 17 BGH NJW 1994, 2950, 2952; siehe auch BGHZ 23, 293, 299 (Akzessorietät zwingendes Merkmal des Pfandrechts und nicht durch Parteivereinbarung abdingbar); RGZ 88, 160, 162.
- 18 BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 7; W. RADKE, Bedingungsrecht und Typenzwang. Eine Untersuchung zu Grundlagen und Grenzen privatautonomer Gestaltung (Berlin 2001) 46 f.

Typenzwangs zielt auf den *numerus clausus* der dinglichen Rechtsgeschäfte, oder besser: der Inhalte dinglicher Rechtsgeschäfte: Die Parteien können rechtsgeschäftlich nur solche beschränkt dinglichen Rechte (derivativ) begründen, die der Gesetzgeber im Typenkatalog des Sachenrechts vorgesehen hat. Zumindest begrifflich ist davon die Frage zu unterscheiden, ob auch ein *numerus clausus* der originären Ausschließlichkeitsrechte besteht, ob also die Zahl der absoluten Rechte vom Gesetzgeber abschließend definiert ist oder ob es daneben den Gerichten frei steht, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung neue Ausschließlichkeitsrechte zu schaffen (z.B. Rechte an Daten, Persönlichkeitsrechte o.ä.).<sup>19</sup>

Gegen die Existenz eines Typenzwangs (zumindest für Geschäfte über bewegliche Gegenstände) im deutschen Sachenrecht wird – abgesehen von der Nichtexistenz eines solchen Grundsatzes im römischen Recht, im germanischen Recht und im preußischen Allgemeinen Landrecht – eingewandt, dass der Grundsatz durch die Anerkennung der Vormerkung und der dinglichen Wirkung der Grundstücksmieta und -pacht (§§ 566, 578, 581 Abs. 2 BGB), die gemäß § 823 Abs. 1 BGB auch gegenüber Dritten wirke, verwässert werde.<sup>20</sup> Völlig beseitigt werde er durch die Existenz des § 1007 BGB, der jedem Inhaber eines Besitzrechts eine dingliche Position verleihe, sobald er den Besitz erlange. In der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Herausgabeanspruchs nur des gutgläubigen Eigenbesitzers in § 945 Abs. 1 des Entwurfs des BGB auf alle Besitzer sei das Prinzip des *numerus clausus* für Mobilien aufgegeben worden, ohne dass der Gesetzgeber dies bemerkt hätte.<sup>21</sup> Indes kann die Kritik nicht überzeugen: Zwar ermöglicht die Vormerkung ohne Zweifel die Sicherung schuldrechtlicher Erwerbsansprüche und damit eine gewisse Rückbindung an das schuldrechtliche Grundgeschäft. Indes liegt darin keine Aufgabe des Typenzwangs, weil der Erwerbsanspruch nach wie vor auf einen der im BGB geregelten Typen des dinglichen Rechts (z.B. Eigentum, Grundschuld) gerichtet sein muss. Auch der Sukzessionsschutz des Mieters und Pächters ist kein dingliches Recht und keine „Verdinglichung“, sondern bringt nur „eine Konsequenz der an verschiedenen Stellen des Gesetzes zum Ausdruck kommenden Wertung, dass der nicht den unmittelbaren Besitz erlangende Erwerber keinen umfassenden Schutz verdient“<sup>22</sup> (vgl. auch § 986 Abs. 2 BGB). Und schließlich

---

19 Zu dieser Differenzierung (und gegen Bezüge zwischen der Frage eines *numerus clausus* originärer gegenüber derivativen Rechtspositionen) A. PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip (Tübingen 2008) 21 f.

20 WIELING (Fn. 11) § 1 II 4 f, S. 25 f.

21 WIELING (Fn. 11) § 1 II 4 f, S. 26.

22 M. HÄUBLEIN, § 566 Kauf bricht nicht Mieta, in: Säcker et. al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2016) Rn. 3. Daran ändert auch die „Drittwirkung“ über § 823 Abs. 1 BGB nichts, denn der deliktische Schutz ist nicht

hebt § 1007 BGB den Typenzwang auch für bewegliche Sachen bereits deshalb nicht auf, weil die Norm – abgesehen von ihrer geringen praktischen Bedeutung<sup>23</sup> – keine Ansprüche aus einem (besseren) Recht zum Besitz vorsieht, sondern jeweils erst ein relatives Anrecht des Anspruchstellers auf den Besitz schafft.<sup>24</sup> Es gibt mit anderen Worten kein hinter § 1007 BGB stehendes „Recht“, das den Anspruch rechtfertigt, sondern es geht rein pragmatisch darum, „den Streit zweier jedenfalls potentiell nichtberechtigter Personen um den Besitz einer beweglichen Sache“ zu entscheiden.<sup>25</sup> Zutreffend lässt sich § 1007 BGB daher als dinglicher Anspruch ohne dingliches Recht verstehen, weil es hier nicht um die Durchsetzung einer dinglichen Rechtsposition geht,<sup>26</sup> sondern lediglich um eine Regelung aus Gründen des Sachzusammenhangs im Sachenrecht.

## 2. *Rechtfertigung des Typenzwangs*

### a) *Zur Zeit des Inkrafttretens des BGB*

#### aa) *Keine ausdrückliche Rechtfertigung*

Begibt man sich auf die Suche nach der Rechtfertigung des Typenzwangs, so ist der Ertrag in den Materialien zum BGB bescheiden.<sup>27</sup> Sie verweisen

---

auf Ausschließlichkeitsrechte begrenzt, sondern schützt auch einzelne faktische Positionen, etwa den berechtigten Besitz, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und den räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe. Mit anderen Worten ist ein Schutz über § 823 Abs. 1 BGB nicht zwangsläufig zugleich auch die Anerkennung eines Ausschließlichkeitsrechts, zur Diskussion um die Begrenzung des „sonstigen Rechts“ als Verweis auf andere Ausschließlichkeitsrechte PEUKERT (Fn. 19) 253 f.

23 C. BALDUS, § 1007 Ansprüche des früheren Besitzers, Ausschluss bei Kenntnis, in: Säcker et. al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2017) Rn. 1, 8.

24 K.-H. GURSKY, § 1007 Ansprüche des früheren Besitzers, Ausschluss bei Kenntnis, in: Staudinger et. al. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2012, Berlin) Rn. 3.

25 GURSKY (Fn. 24) Rn. 3.

26 Zur Kritik GURSKY (Fn. 24) Rn. 3: „Sie übersehen damit, daß es neben den dinglichen Ansprüchen im engeren Sinne, also den sachenrechtlichen Rechtsverwirklichungsansprüchen, auch noch andere dingliche Ansprüche gibt, nämlich Ansprüche, die ebenfalls im Sachenrecht geregelt sind und im Insolvenzverfahren per se Aussonderungskraft haben, aber keine aktuelle dingliche Rechtsposition durchsetzen sollen.“

27 Siehe P. HECK, Grundriß des Sachenrechts (Tübingen 1930) § 23, 2, der auf die „eigentümlicherweise“ fehlende Erwähnung der legislativen Gründe verweist; FÜLLER (Fn. 16) 373: „Aussagen zum Typenzwang im Quellenmaterial sind kryp-

im Wesentlichen<sup>28</sup> auf die Eigenständigkeit des Sachenrechts, aus der sich ergebe, dass nur das Sachenrecht selbst über den Inhalt dinglicher Rechte entscheiden könne.<sup>29</sup> Die gesetzgeberische Zurückhaltung bei der Rechtfertigung eines grundlegenden sachenrechtlichen Prinzips wird zuweilen damit erklärt, dass dieses Prinzip wegen der Zugehörigkeit der dinglichen Rechte zu den absoluten Rechten so selbstverständlich erschien, dass es einer besonderen Rechtfertigung nicht bedurfte.<sup>30</sup> Angesichts der lebhaften Diskussion im 19. Jahrhundert über den *numerus clausus* als Beschränkung der Privatautonomie<sup>31</sup> erscheint der Verweis auf das Verständnis als bare Selbstverständlichkeit für die gesetzgeberische Begründungszurückhaltung zweifelhaft. Überzeugender dürfte es sein, die damalige Diskussion bei der Interpretation der Motive der Verfasser des BGB einzubeziehen.<sup>32</sup>

*bb) Typenzwang als Instrument zum Schutz des Eigentums vor willkürlicher Zersplitterung*

Ein Erklärungsmodell für den Typenzwang<sup>33</sup> könnte danach sein, dass die Verfasser des BGB bewusst dem *ius ad rem* entgegen treten wollten,<sup>34</sup> also

---

tisch“, S. 374: „eher karg“, „Begründung der Begriffsjurisprudenz verhaftet und daher heute methodisch nicht mehr zeitgemäß“.

28 Zudem finden sich Anklänge an den Typenzwang als Kehrseite der Ausgestaltung der Sachenrechte als absolute Rechte, dazu unten Fn. 30.

29 Zitat bereits oben in Fn. 11.

30 SEILER (Fn. 12) Rn. 38.

31 S. HOFER, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Tübingen 2001) 250 ff. verweist auf eine lebhafte Diskussion über den *numerus clausus* als Beschränkung der Privatautonomie im 19. Jahrhundert. Auch W. WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Brauneder/Köbler (Hrsg.), Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen (Frankfurt a.M. 1987) 623, 625 ff., weist darauf hin, dass der Grundsatz des Typenzwangs nie unumstritten war. Noch im ausgehenden 19. Jahrhundert findet sich grundsätzliche Kritik am sachenrechtlichen Typenzwang, etwa unter Hinweis auf die fehlende Reaktionsmöglichkeit auf wirtschaftliche Veränderungen, siehe E. FUCHS, Das Wesen der Dinglichkeit (Berlin 1889) 66 f., O. VON GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (Leipzig 1899) 281 f.; DERS., Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich (Berlin 1889) 106 ff. sah die Gefahr einer „Verknöcherung und Erstarrung“.

32 FÜLLER (Fn. 16) 373.

33 Keine geeignete, jedenfalls keine abschließende Rechtfertigung für den Typenzwang ist das im deutschen Recht herrschende Abstraktionsprinzip, weil durchaus auch eine sachenrechtliche Inhaltsfreiheit unter Geltung des Abstraktionsprinzips denkbar wäre, W. WIEGAND, Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum

der im mittelalterlichen germanischen Recht bestehenden Möglichkeit, jedes auf eine bestimmte Sache bezogene Schuldverhältnis durch Einräumung der „Gewere“, also des Besitzes zu verdinglichen.<sup>35</sup> Für eine Abwehr des *ius ad rem* durch den Typenzwang sprechen die Ausführungen des Redakteurs des sachenrechtlichen Vorentwurfs Johow, der fürchtete, dass die Parteien – wie im alten Recht – das Eigentum aushöhlen könnten, wenn sie willkürlich einzelne Befugnisse als „verselbständigte Eigentumssplitter“<sup>36</sup> abspalten dürften.<sup>37</sup> Eine solche Befugnis zur willkürlichen Abspaltung von „Eigentumssplittern“ könnte man nämlich als Widerspruch zum Eigentumsbegriff des BGB als ausschließliches und ungeteiltes Recht (in Abkehr vom feudalen Ober- und Untereigentum) auffassen.<sup>38</sup>

Gegen die Tragfähigkeit dieser Begründung ist eingewandt worden, dass an einem Konzept des ungeteilten Eigentums nach der Einführung des Erbaurechts und des Wohnungseigentums sowie des Sicherungseigentums heutzutage ohnehin nicht mehr festgehalten werden könne.<sup>39</sup> Dem ist indes zu entgegnen, dass die Eröffnung neuer Ausgestaltungen des Eigentums durch den Gesetzgeber (oder die Nutzung eines Instituts wie der Übereignung beweglicher Sachen mittels Besitzkonstitut zum Zwecke der Kreditsicherung)<sup>40</sup> keine hinlängliche Rechtfertigung bietet, nunmehr auch über die immerhin kraft Gesetzes neu eingeführten Formen den Parteien eine umfas-

---

Schuldrecht, AcP 190 (1990) 112, 118; RADKE (Fn. 18) 56; A. STADLER, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion (Tübingen 1996) 112.

34 FÜLLER (Fn. 16) 373; siehe bereits HECK (Fn. 27) § 22/2, 3, der darauf verweist, dass die Ausführungen *Johows* das „Unterbewusstsein des Gesetzgebers“ beeinflusst hätten, ebenso RADKE (Fn. 18) 57.

35 Zum *ius ad rem* M. WOLFF/L. RAISER, Sachenrecht (10. Aufl., Tübingen 1957) § 2 II 1, S. 9; R. MICHAELS, Sachzuordnung durch Kaufvertrag (Berlin 2002) 61 ff.; siehe auch preußisches Allgemeines Landrecht (ALR) I 2 § 124, 132 ff., ALR I 10 § 25, ALR I 19 § 5 f.; ALR I 4 §§ 15 ff.

36 Zum Begriff O. VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Zweiter Band (Leipzig 1905) § 120 IV 7, S. 359.

37 R. JOHOW, Vorentwurf der Redaktoren zum BGB. Sachenrecht (Berlin 1982) 501. Gestattete man dies, so würde ein Recht verbleiben, dass die Rechtsordnung nicht mehr als Eigentum gelten lassen könne. ders., a.a.O. 502, wollte das Eigentum nicht als Summe abspaltbarer Befugnisse definieren.

38 Den *numerus clausus* der dinglichen Rechte als Folge des Eigentumsbegriffs des BGB sehen etwa WIEGAND (Fn. 33) 112, 117; DERS. (Fn. 31) 623, 627 ff.; Stadler (Fn. 33) 111 an.

39 Ablehnend FÜLLER (Fn. 16) 379 ff.

40 Entgegen weit verbreiteter Auffassung war dem Gesetzgeber des BGB die mögliche Nutzung der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB zum Zwecke der Kreditsicherung durchaus bekannt, und es spricht vieles dafür, dass sie in Kauf genommen wurde, siehe unten Text bei und nach Fn. 74.

sende Gestaltungsmacht einzuräumen. Im Gegenteil könnte man die Notwendigkeit gesetzgeberischer Intervention im Wohnungseigentums- und Erbbaurecht auch als Bekräftigung des Typenzwangs im Übrigen sehen, insofern Neuerungen eben durch den Gesetzgeber erfolgen müssen. Allerdings ist einzuräumen, dass der Typenzwang das Eigentum nicht generell vor einer der Verkehrs- und Nutzungsfähigkeit abträglichen Aushöhlung und Zersplitterung schützt, weil der *numerus clausus* nur die Zahl der zulässigen Typen, nicht aber die der möglichen Berechtigten begrenzt, so dass er die Zersplitterung der dinglichen Berechtigung in mehrere Berechtigte an den gesetzlich gestatteten Typen dinglicher Rechte kaum zu verhindern vermag.<sup>41</sup> Diesem Zweck dienen andere zwingende Vorschriften des Sachenrechts, etwa die Übertragbarkeitsbeschränkungen der §§ 1059, 1092 BGB.

*b) Rechtfertigung des Typenzwangs in jüngerer Zeit*

Heutzutage wird der sachenrechtliche Typenzwang vor allem mit der Absolutheit der dinglichen Rechte und dem Schutz des Rechtsverkehrs durch Vorhersehbarkeit, Klarheit und Vereinfachung gerechtfertigt.

*aa) Typenzwang als Kehrseite der Absolutheit dinglicher Rechte im Interesse ihrer Erkennbarkeit für Dritte*

Eine häufig anzutreffende rechtsdogmatische Begründung sieht den Typenzwang gewissermaßen als Kehrseite der Absolutheit dinglicher Rechte – ein Gedanke, der zuweilen auch bereits als Motiv dem historischen Gesetzgeber zugeschrieben wird.<sup>42</sup> Da absolute Rechte gegenüber jedermann wirken und von jedermann beachtet werden müssen, muss ihr wesentlicher Inhalt durch das Gesetz für jedermann klar erkennbar und vorhersehbar fixiert sein. Nur mit einem geschlossenen Katalog dinglicher Rechte könnten Dritte die Reichweite der Rechte an Sachen, denen sie ausgesetzt sein können, einordnen und sich darauf in ihrem Verhalten einrichten.<sup>43</sup> Gegen die-

---

41 Weitergehend M. HELLER, Yale Law Journal 108 (1999) 1163, 1168 ff.; DERS., Harvard Law Review 111 (1998) 621, 624, der in der Standardisierung auch einen Schutz vor Zersplitterung sieht.

42 Oben Fn. 30.

43 HEINZE (Fn. 5) Rn. 100; BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 10; R. LIEBS, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175 (1975) 1, 16 (auch mit Verweis auf die Sicherheit des Zwangsvollstreckungsrechts); R. STÜRNER, Dienstbarkeit heute, AcP 194 (1994) 265, 276. Ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen dem Begriff des dinglichen Rechts und dem Typenzwang besteht oder ob eine ausdrückliche Untersagung der Drittwirkung obligatorischer Abreden auch ohne Typenzwang genügt hätte (so FÜLLER (Fn. 16) 375 f.), mag hier dahinstehen. Bei einer ausdrücklichen Untersa-

ses Erkennbarkeitsargument wurde eingewandt, dass es nur tragfähig sei, wenn das jeweilige Sachenrecht durch einen Publizitätsträger für Dritte auch erkennbar sei.<sup>44</sup> Dies sei aber durch den Besitz nicht gewährleistet, und auch bei den im Grundbuch einzutragenden dinglichen Rechten sei dies zweifelhaft, weil § 874 BGB eine Bezugnahme im Grundbuch auf den Inhalt der Eintragungsbewilligung gestatte und letztlich der Publizität auch genügt werden könne, wenn Dritte bei einem offenen Katalog zulässiger dinglicher Rechte den Inhalt des jeweiligen Rechts aus dem Grundbuch erfahren könnten.<sup>45</sup> Indes greift diese Kritik nicht durch: Zum einen kann in die im Grundbuch in Bezug genommenen Urkunden unter den gleichen Voraussetzungen wie in das Grundbuch selbst Einsicht genommen werden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 GBO), und zum anderen muss auch bei Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung der Umfang der Belastung aus dem Grundbuch erkennbar bleiben (§ 44 Abs. 2 Satz 1 GBO). Deshalb ist zumindest bei den wirtschaftlich besonders bedeutsamen Liegenschaftsrechten durch das Grundbuch die Publizität in ausreichendem Maße gewährleistet. Und bei den Mobiliarsachenrechten könnte man aus der begrenzten Publizitätswirkung des Besitzes auch den gegenteiligen – auch rechtsvergleichend verifizierbaren – Schluss ziehen, dass hier gerade wegen der gegenüber den Grundbuchrechten geringeren Publizität ein umso höheres Bedürfnis an Standardisierung der möglichen dinglichen Rechte durch den Typenzwang besteht, um die Informationskosten zu senken.<sup>46</sup>

*bb) Begrenzung auf die gesetzlich fixierten Typen, da es an dem Konsens Dritter als Rechtfertigung der Verbindlichkeit fehlt*

Das eher auf die Erkennbarkeit und Vorhersehbarkeit für Dritte abzielende Argument lässt sich auch mit dem an der Rechtfertigung der Verbindlichkeit für jedermann ansetzenden Argument untermauern, dass eine unbegrenzte „Verdinglichung“ der von den Parteien frei gestaltbaren obligatorischen Befugnisse die unerwünschte Folge hätte, auch Dritte zu binden, die an der Entstehung des Rechts nicht beteiligt waren.<sup>47</sup> Dingliche Rechte als absolute Rechte binden auch an ihrer Begründung unbeteiligte Dritte, ohne dass diese ihrer Begründung zugestimmt hätten. Da es aber am Konsens

---

gung der Drittwirkung obligatorischer Abreden kann man mE daran zweifeln, ob es sich überhaupt um ein dingliches Recht, jedenfalls im Sinne des BGB, handelt.

44 W. SCHÖN, Der Nießbrauch an Sachen (Köln 1992) 244 (der selbst die Gegenansicht vertritt).

45 FÜLLER (Fn. 16) 384 f.

46 Dieses Argument findet sich in der US-amerikanischen Literatur, siehe *Restatement of the Law Fourth, Property (Draft 2017)* § 1.1 Comment d.

47 WIEGAND (Fn. 31) 623, 633 f.

oder einer sonstigen individuellen Rechtfertigung ihrer Verbindlichkeit gegenüber jedem Dritten fehlt, sollen diese Dritten auch nur an die gesetzlich vorgesehenen Typen dinglicher Rechte gebunden sein,<sup>48</sup> da nur insofern die gesetzlich angeordnete Verbindlichkeit die Einigung als Rechtfertigung einer Bindung ersetzen kann.

*cc) Verringerung der Informationskosten für Grundbuchämter und Dritte und Sicherung der Verkehrsfähigkeit dinglicher Rechte*

Neben der eher rechtsstaatlich-dogmatischen Begründung durch Verweis auf den Zusammenhang zwischen absoluter Geltung und Erkennbarkeit für Dritte sind in jüngerer Zeit auch stärker ökonomisch motivierte Gründe für den Typenzwang vorgebracht worden. Der Typenzwang dient danach der Rechtsklarheit und Vereinfachung nicht nur durch die Erkennbarkeit der bestehenden dinglichen Rechte, sondern auch durch die Verringerung der Informations- und Suchkosten: Stünde es den Parteien vollkommen frei, wie sie ihre dinglichen Rechte ausgestalten, müssten Dritte nicht nur in das Grundbuch und die Eintragungsbewilligung schauen, um sich über das Recht zu vergewissern, sondern sie müssten letztlich die gesamte Vereinbarung zwischen den Parteien durchforsten, die im Einzelfall durchaus kompliziert und umfangreich sein kann. Während die an einer Transaktion Beteiligten bei ihrer Ausgestaltung sowohl Nutzen wie Kosten komplexer oder ungewöhnlicher Gestaltungen berücksichtigen werden, dürften außergewöhnlich und individuell gestaltete dingliche Rechte bei später von ihnen betroffenen unbeteiligten Dritten in erster Linie höhere Informations- und Suchkosten sowie eine höhere Rechtsunsicherheit hervorrufen. Der Typenzwang dient daher auch der Vermeidung einer unerwünschten Externalisierung von Informationskosten auf Dritte. Dies ist gerade im Sachenrecht

---

48 Gegen diese Begründung mag man einwenden, dass es auch andere gegen Dritte wirksame Ausschließlichkeitsrechte gibt, ohne dass dort ein Typenzwang existiere, etwa im Immaterialgüterrecht. Indes bezieht sich dort die Typenfreiheit allein auf das Nutzungsrecht (Lizenz), dessen Anerkennung als dingliches Recht, auch wenn es nach deutschem Recht mit Sukzessionsschutz ausgestaltet ist, nach wie vor umstritten ist. Zudem lassen sich auch bei Lizenzen Ansätze für eine Typisierung finden, und dingliche Rechte an Sachen dürften – trotz des Bedeutungsgewinns immaterieller Güter – nach wie vor wichtiger für Investitionsentscheidungen sein als Nutzungsrechte an Immaterialgüterrechten. Auch mag man auf das Mietrecht verweisen, wo der Mieter zwar Sukzessionsschutz genießt, aber der Inhalt des Mietverhältnisses keinem generellen Typenzwang unterliegt, auch wenn für die Wohnraummiete zahlreiche zwingende Vorschriften existieren. Zum US-amerikanischen Recht C. MULLIGAN, A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property, *Tennessee Law Review* 80 (2013) 235 (sieht den *numerus clausus principle* im geistigen Eigentum als nicht existent an, spricht sich aber für eine Ausdehnung des Prinzips aus).

bedeutsam, weil die vom Sachenrecht erfassten Güter auf den Wechsel ihres Inhabers zugeschnitten sind und ein solcher im Interesse des volkswirtschaftlich notwendigen Güterumsatzes auch sinnvoll ist. Ein solcher Inhaberwechsel wird erleichtert, wenn der Erwerber von vorneherein wissen kann, welche Rechtsposition er erwirbt.<sup>49</sup> Damit dient der Typenzwang auch der Verkehrsfähigkeit dinglicher Rechte und der Erleichterung des Grundstücksverkehrs, weil die Grundbuchämter sämtliche denkbaren dinglichen Rechte kennen und (mit zumutbarem Aufwand und Kosten) sachgerecht registrieren können und weil Konflikte zwischen den unterschiedlichen vorgegebenen (beschränkt) dinglichen Rechten vermieden oder zumindest durch gesetzliche Vorschriften aufgelöst werden.

*dd) Typenzwang als Instrument zur Sicherung der Handlungsfreiheit im Rechtsverkehr*

Und schließlich mag man im Typenzwang auch eine Bekräftigung der Handlungs- und Wettbewerbsfreiheit sehen: Durch die Anerkennung von absoluten Rechten werden im Regelfall die Handlungsspielräume unbeteiligter Dritter begrenzt. Wenn sich die Parteien nur der gesetzlich vorgeschriebenen dinglichen Rechte bedienen dürfen, dann ist sichergestellt, dass in der Existenz dieser Rechte liegende Freiheitsbeschränkung im Kern durch den Gesetzgeber und damit ein demokratisch legitimiertes Organ gestattet wurde und dass eine gewisse Stabilität der Sachenrechtsordnung gegeben ist, weil nicht ohne weiteres neue dingliche Rechte geschaffen werden können.<sup>50</sup> Zwar ist der Hinweis auf den Schutz der Handlungsspielräume Dritter bisher auf die Frage der Neubegründung originärer Ausschließlichkeitsrechte bezogen worden.<sup>51</sup> Indes ist sie auch für die derivative Begründung beschränkt dinglicher Rechte von Bedeutung, denn auch in der Begrenzung der Zahl beschränkt dinglicher Rechte liegt eine Freiheits-sicherung Dritter, die insbesondere darauf vertrauen können, dass die Verfügungsfreiheit ihrer Vertragspartner nicht über die gesetzlichen Grenzen hinaus beschränkt ist. Die Verbindung zwischen Typenzwang und Handlungsfreiheit findet sich auch bereits in den Materialien im BGB. Aus dem Umstand, dass dingliche Rechte nur nach besonderen Vorschriften begründet werden können, wird die Konsequenz abgeleitet, dass die Verfügungs-

---

49 BAUR/STÜRNER (Fn. 16) § 1 Rn. 10.

50 So ist die Zahl der legislativen und judikativen Erweiterungen des Typenkatalogs seit Inkrafttreten des BGB auch überschaubar, dazu unten II.3.a.

51 PEUKERT (Fn. 19) 22.

befugnis des Berechtigten mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden könne (siehe § 137 BGB).<sup>52</sup>

### 3. *Spielraum für die Privatautonomie innerhalb des Typenzwangs*

Trotz des Typenzwangs sind Privatautonomie und Vertragsfreiheit im Sachenrecht aber selbstverständlich nicht aufgehoben, was sich auch bereits in den Materialien zum BGB nachweisen lässt. Der verbleibende Gestaltungsspielraum ergibt sich zum einen aus einer flexiblen Handhabung des Typenzwangs im Sachenrecht selbst (dazu a), zum anderen aus dem vergleichsweise geringen Einfluss der allgemeinen zwingenden Vorschriften auf das Sachenrecht (dazu b).

#### a) *Flexibilisierungen innerhalb des Sachenrechts*

Zunächst ist festzuhalten, dass bereits seit dem Inkrafttreten des BGB eine flexible Handhabung der gesetzlich gestatteten Typen erlaubt war. Diese Flexibilität ist offensichtlich, soweit das Gesetz ausdrücklich oder implizit eine abweichende Typengestaltung gestattet. Noch bedeutsamer ist aber der Umstand, dass die gesetzlich geregelten Typen von vorneherein mehr oder minder ausgestaltungsbedürftig und daher auf die privatautonome Konkretisierung angewiesen sind.

#### aa) *Gesetzliche Gestattung abweichender Typengestaltung*

Es liegt auf der Hand, dass durch Vertrag zwischen den Beteiligten ein anderer als der gesetzliche Inhalt des dinglichen Rechts dann vereinbart werden kann, wenn das Gesetz selbst eine Änderung seiner entsprechenden Bestimmungen zulässt (z. B. §§ 1030 Abs. 2, 1031 i. V. m. 926 Abs. 1 Satz 2, 1059a Abs. 1 Nr. 1 a. E., 1062). Von den verschiedenen in den Materialien diskutierten Beispielen<sup>53</sup> sollen hier nur zwei erwähnt werden. So ist es zulässig, die

---

52 Motive III 77 = Mugdan Band III 42: „Der Entw. geht davon aus, daß das Prinzip der rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit nur für das Gebiet des Rechtes der Schuldverhältnisse eine allgemeine Wahrheit ist, für die übrigen Gebiete dagegen keine Geltung hat (§ 295 Abs. 2). Dingliche Rechte können daher nur nach besonderen Vorschriften begründet werden. Die Konsequenz hiervon aber ist die, daß die aus dem Eigentume oder einem anderen Rechte an einer Sache fließende Befugniß des Berechtigten, über das Recht zu verfügen, mit Wirkung gegen Dritte weder ausgeschlossen noch beschränkt werden kann, soweit nicht das Gesetz etwas Anderes bestimmt.“

53 Siehe auch Motive III 679 f. = Mugdan Band III 379 (Diskussion der Zulässigkeit einer Abweichung im Hypothekenrecht im Hinblick auf die *lex commissoria* (Pfandverfallsklausel), auf die Vereinbarung, dass die Veräußerung in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung bewirkt werden soll und auf den Vertrag, durch welcher der Eigentümer sich verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern

Regeln zum Pfandverkauf in (heute) §§ 1233–1240 BGB sowohl zugunsten des Eigentümers wie – „bis zu einer gewissen Grenze“ – zugunsten des Pfandgläubigers durch Vertrag abzuändern (§ 1245 BGB).<sup>54</sup> Ein solcher Vertrag ist dinglicher Natur, auch wenn er nur die Legalverbindlichkeit zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger betrifft, weil er auch den jeweiligen Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam ist.<sup>55</sup> Ebenso ist es beispielsweise zulässig, den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen (§ 1067 BGB; z. B. aus Gründen der Insolvenzsicherung des Eigentümers) so auszugestalten, dass der Eigentümer und nicht der Nießbraucher Eigentümer wird.<sup>56</sup> Die beiden Beispiele

---

oder weiter zu belasten), Mugdan Band III 955 (Klarstellung des dispositiven Charakters bestimmter Vorschriften des Forderungspfandrechts).

- 54 Motive III 828 = Mugdan Band III 462: „Die Regelung des Pfandverkaufs in §§ 1169 – 1176 bestimmt den Normalinhalt des Rechtes des Gläubigers. Dieser Normalinhalt des Faustpfandrechts ist, soweit nicht eine vertragsmäßige Erweiterung desselben im Gesetze zugelassen wird, zugleich der Maximalinhalt. Wenn auch der gesetzliche Verkaufsmodus in der überwiegenden Zahl der Fälle den beiderseitigen Interessen entsprechen wird, so können doch auch Fälle vorkommen, in denen der Gläubiger erweiterte Rechte zu erhalten oder der Eigentümer die Rechte des Gläubigers zu beschränken wünscht. Das Gesetz würde Interessen, welche Berücksichtigung verdienen, vernachlässigen, wenn es den regelmäßigen Inhalt des Pfandrechts in Ansehung der Realisierung dieses Rechtes einer jeden vertragsmäßigen Abänderung schlechthin entzöge. Vertragsmäßige Beschränkungen des Gläubigers, z. B. auf die Realisierung seines Rechtes im Wege der Zwangsvollstreckung, müssen gewiß zugelassen werden. Aber auch vertragsmäßige Erweiterungen des Rechtes des Gläubigers sind bis zu einer gewissen Grenze zuzulassen. Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur, auch wenn er nicht das Veräußerungsrecht selbst, sondern nur die Legalverbindlichkeit betrifft, nach welcher der Gläubiger in einer gewissen Weise bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz zu verfahren hat; denn auch in letzterem Falle ist der Vertrag den Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam.“
- 55 Motive III 828 = Mugdan Band III 462: „Ein Vertrag der bezeichneten Art ist dinglicher Natur, auch wenn er nicht das Veräußerungsrecht selbst, sondern nur die Legalverbindlichkeit betrifft, nach welcher der Gläubiger in einer gewissen Weise bei Vermeidung der Haftung für Schadensersatz zu verfahren hat; denn auch in letzterem Falle ist der Vertrag den Rechtsnachfolgern gegenüber wirksam.“
- 56 C. HEINZE, § 1067 Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 10, 17. Nach den Materialien sollte hingegen sowohl die Regelung des heutigen § 1067 BGB nach Vereinbarung der Parteien auch auf nicht-verbrauchbare Sachen ausgedehnt werden können, siehe Motive III 534 = Mugdan III 298: „Wegen der dispositiven Natur der Rechtsregel bleibt es möglich, daß die Beteiligten den Eintritt der Rechtsnorm ausschließen und auf verbrauchbare Sachen die Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen. Andererseits wird es den Beteiligten nicht verwehrt sein, auch bei nichtverbrauchbaren Sachen die Vorschriften über den quasi-ususfructus durch Vereinbarung eintreten zu lassen, ohne daß indessen für den

des Pfandrechts und des Nießbrauchs zeigen auf, dass auch das bei einzelnen beschränkt dinglichen Rechten (Dienstbarkeit einschließlich Nießbrauch, Pfandrecht) kraft Gesetzes entstehende Begleitschuldverhältnis durch die Parteien abweichend ausgestaltet werden kann, und zwar auch mit dinglicher Wirkung, soweit nicht der Kern des dinglichen Rechts umgestaltet wird oder das Verhältnis zu Dritten betroffen ist.<sup>57</sup>

*bb) Inhaltliche Ausgestaltungsbedürftigkeit eines gesetzlichen Typus*

Außerdem wird für solche dingliche Rechte, die das Gesetz zwar anerkennt, die aber im Einzelfall hinsichtlich ihres Inhalts ausfüllungsbedürftig sind, den Parteien die Ausgestaltung dieser Rechte im Wege der Privatautonomie zugestanden. Unter den bereits bei Inkrafttreten des BGB anerkannten Typen betrifft dies insbesondere die Dienstbarkeiten.<sup>58</sup> Bei den Dienstbarkeiten hat sich das BGB bewusst gegen Auslegungsregeln oder Vorschriften dispositiven Inhalts zwecks Unterscheidung typischer Formen von Dienstbarkeiten gewandt und stattdessen – in den Grenzen der § 1018 BGB geregelt – drei Fälle der Benutzungs-, Unterlassungs- und Ausübungsdienstbarkeit – die Bestimmung des Inhalts einer Dienstbarkeit der Privatautonomie überlassen.<sup>59</sup> An dieser Grundentscheidung hält auch die heute herrschende

---

Fall einer Abschätzung der zum Nießbrauche gegebenen Sachen eine gesetzliche Vermuthung, daß die Begründung des quasi-ususfructus beabsichtigt sei, aufzustellen ist, da eine solche Vermuthung für viele Fälle nicht zutreffen würde und es besser ist, der Auslegung im einzelnen Falle nicht vorzugreifen. Die Regel, daß das begrenzte Recht durch die Privatautonomie nicht über seinen Normal- und zugleich Maximalinhalt erweitert werden könne, trifft nicht zu, da nicht die Bestellung eines begrenzten Rechtes und überhaupt nicht die Begründung einer besonderen Art von Recht an der Sache in Frage steht, sondern nur Eigentum verschafft werden soll.“

57 Zur Reichweite der Privatautonomie bei Ausgestaltung des gesetzlichen Begleitschuldverhältnisses beim Nießbrauch C. HEINZE, Vorbemerkung zu §§ 1030 ff., Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Nr. 7 ff.; bei der Grunddienstbarkeit J. WEBER, § 1018 Gesetzlicher Inhalt der Grunddienstbarkeit, Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 142 ff.

58 Zwar sah das BGB von 1900 auch bereits den Typus des Erbbaurechts vor. Allerdings waren nach den damals geltenden Vorschriften eine Verdinglichung vertragsmäßiger Vereinbarungen nur auf Umwegen möglich, dazu M. RAPP, § 2 ErbbauRG, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 7. Die Regelungsmöglichkeiten des heutigen § 2 ErbbauRG wurden erst mit dem Gesetz über das Erbbaurecht (RGBl. 1919, 72) 1919 geschaffen.

59 Motive III 480 = Mugdan Band III 267 f.: „Da der Privatautonomie die Spezialisierung des Servituteninhalts überlassen bleibt, so könnte es sich nur darum handeln,

Auffassung nach wie vor fest und hat unterschiedlichen Vorschlägen, den Inhalt der Dienstbarkeit und ihres Begleitschuldverhältnisses auf die gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsformen (vgl. § 1021 Abs. 1 BGB) zurückzuführen, widerstanden,<sup>60</sup> so dass nur die „begriffswesentlichen Grenzen<sup>61</sup>“ des Typus die Privatautonomie der Parteien begrenzen.

Besonders ausgeprägt ist die inhaltliche Ausgestaltungsbedürftigkeit ferner beim *Erbbaurecht* und vor allem bei dem erst nach dem Zweiten Weltkrieg eingeführten *Wohnungseigentum*.<sup>62</sup> Beim Erbbaurecht gestattet das

---

ob Servituten verschiedenen Inhaltes [...] zu unterscheiden und Auslegungsregeln bz. Vorschriften dispositiver Natur zu geben sind, um die Lösung der der Privatautonomie gestellten Aufgabe zu erleichtern. [...] Der Code Art. 686, welchem der bayer. und der Hess. Entw. folgen, überläßt die Spezialisierung des Servituteninhaltes lediglich der Privatautonomie. Der Entw. hat sich diesem Vorgänge angeschlossen, da eine passende Ergänzung und Auslegung des Vertragswillens von lokalen Verschiedenheiten beeinflusst wird. Ob derartige Bestimmungen den Landesgesetzgebungen vorzubehalten seien, ist in dem EG zu entscheiden.“

60 Zum Meinungsstand WEBER (Fn. 57) Rn. 144 ff.

61 BGHZ 95, 99, 100 (zum Nießbrauch).

62 Eingeführt durch das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, BGBl. 1951 I 175. Ablehnend noch Motive III 45 f. = Mugdan Band III 25: „Vom Standpunkte des Entw. sind die Stockwerke eines Gebäudes wesentliche Bestandtheile desselben, mithin einem anderen Rechte als das Grundstück, aus dem das Gebäude sich befindet, nicht unterworfen. Der volkswirtschaftliche Grund freilich, welcher die §§ 782 und 783 [heutige §§ 93-95 BGB] rechtfertigt, trifft hier nicht zu, weil das Stockwerkseigenthum in den gedachten Gebieten so gestaltet ist, daß es die Trennung seines Gegenstandes von dem Gebäude ausschließt. Allein immerhin ist dieses Eigenthum gegenüber dem Suchbegriffe des Entw. eine Regelwidrigkeit, deren Aufnahme in das B G B nicht rätlich ist. [...] Die Unzutraglichkeiten, welche mit dem Vorhandensein mehrerer Haushaltungen unter demselben Dache verbunden sind, finden in dem Falle der Miethe ihr Korrektiv durch das Recht der Betheiligten, nach einer gewissen Zeit das Verhältniß zu lösen. Sie treten dagegen in ihrer ganzen Schärfe hervor, wenn die Inhaber der verschiedenen Stockwerke bz. Wohnungen durch ein dauerndes Recht an das Haus gefesselt sind. Kommt nun zu dem Sondereigenthume an diesen Lokalitäten noch ein Miteigenthum am Grund und Boden und an den der gemeinschaftlichen Benutzung gewidmeten Hausteilen hinzu, so hat man eine Gemeinschaft die durch ihre eigene indivision forcee eine Quelle fortwährender Streitigkeiten eröffnet. Durch den Hinweis auf die Sitte in den unbemittelten Volkskreisen, auf welche die Verfasser des bayer. Entw. sich berufen, läßt die Uebertragung derartiger Rechtsbildungen auf Gebiete, welchen sie bisher fremd gewesen sind, sich nicht rechtfertigen. Gewiß hat der Gesetzgeber die auf Begründung eines festen Heimes gerichteten Bestrebungen möglichst zu begünstigen. Aber er darf dies nicht auf die Gefahr hin, Verhältnisse zu schaffen, die ihrer ganzen Struktur nach dazu angethan sind, den Frieden in dem Inneren der Häuser zu gefährden. Das öff. Interesse erheischt vielmehr, die sich geltend machende Neigung zu solchen Verhältnissen zu bekämpfen“

Gesetz eine Verdinglichung vertraglicher Vereinbarungen, etwa zu Instandhaltung, Lastentragung- oder sogar Vertragsstrafen (§ 2 Nr. 1, 3, 5 ErbbauRG; siehe neben § 2 auch die §§ 5, 27 Abs. 1 32 Abs. 1 ErbbauRG). Diese Instrumente gestatten es den Parteien, auch über die im Gesetz ausdrücklich genannten, grundsätzlich abschließenden Verpflichtungen weitere zu verdinglichen, indem an ihre Nichterfüllung z.B. ein Heimfallrecht oder eine Vertragsstrafe geknüpft wird.<sup>63</sup> Noch stärker von der Parteivereinbarung abhängig ist der dingliche Inhalt des Wohnungseigentums, bei dem – abgesehen vom zwingenden Mindestinhalts des gemeinschaftlichen Eigentums (§ 5 Abs. 2 WEG) – die Abgrenzung von gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum im Wesentlichen auf Parteivereinbarung (bzw. einseitigen Teilungserklärung) beruht (§§ 3 Abs. 1, 5 WEG). Hinzu kommt die Möglichkeit, nicht sondereigentumsfähige Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums wie etwa eine Gartenfläche durch Begründung „dinglicher“ Sondernutzungsrechte (§ 10 Abs. 3 WEG) faktisch einem Sondereigentümer zur alleinigen Nutzung zuzuweisen.

*b) Geringer Einfluss der allgemeinen zwingenden Vorschriften auf das Sachenrecht*

*aa) Fortbestehen der Abschlussfreiheit*

Zum Einfluss sachenrechtsexterner, allgemeiner zwingender Vorschriften ist hervorzuheben, dass die im Schuldvertragsrecht zuweilen zu beobachtenden Einschränkungen der Abschlussfreiheit im Sachenrecht kaum anzutreffen sind. So sind etwa die Benachteiligungsverbote des AGG auf die „Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ beschränkt (§ 19 Abs. 1 AGG) und damit im Sachenrecht nicht anwendbar. Auch das Kartellrecht dürfte, soweit es die Abschlussfreiheit begrenzt (also im Rahmen der Missbrauchsverbote des § 20 GWB und des Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), für sachenrechtliche Beziehungen kaum Bedeutung erlangen. Es ist sogar umstritten, ob das Kartellverbot des § 1 GWB, Art. 101 AEUV, das eher die Inhaltsfreiheit betrifft (dazu sogleich), auf sachenrechtliche Vereinbarungen i.S.d. §§ 873, 929 BGB anwendbar ist.<sup>64</sup> Zudem kann es,

<sup>63</sup> RAPP (Fn. 58) Rn. 3.

<sup>64</sup> Bejahend jüngst OLG Düsseldorf 7.1.2015, VI-U (Kart) 17/14, Rn. 22 (juris); verneinend J. MÜNCH, § 1027 Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, in: Herberger et. al. (Hrsg.), Juris Praxiskommentar BGB (8. Aufl. 2017), Rn. 28: „Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Dienstbarkeiten, nach denen der Berechtigte den Vertrieb von Getränken auf den belasteten Grundstücken untersagen kann, als unbefristete dingliche Rechte inhaltlich zulässig. Das gilt selbst dann, wenn sie nur dem Zweck dienen sollen, eine Getränkebezugsverpflichtung zu erreichen oder

etwa bei den verbreiteten wettbewerbsbeschränkenden Dienstbarkeiten, an der erforderlichen Spürbarkeit fehlen.<sup>65</sup>

*bb) Geringer Einfluss auf die Inhaltsfreiheit*

Vergleichsweise geringen Einfluss auf das Sachenrecht haben auch die Begrenzungen der Inhaltsfreiheit, die sich aus allgemeinen Vorschriften ergeben. So ist zwar das AGB-Recht auch auf sachenrechtliche Rechtsgeschäfte anwendbar, hat aber im Vergleich zum Schuldrecht geringere Bedeutung erlangt.<sup>66</sup> So existieren dingliche Rechtsgeschäfte wie die Auflassung, deren Inhalt sich von vorneherein inhaltlich auf die Eigentumsübertragung beschränkt, so dass für weitergehende, abweichende Vertragsklauseln kaum Raum besteht. Zudem scheidet die Begründung neuer Sachenrechtstypen als „von Rechtsvorschriften abweichende [...] Regelungen“ regelmäßig bereits am Typenzwang, ohne dass es des Rückgriffs auf die AGB-Kontrolle bedarf. Die Inhaltskontrolle hat in der Praxis deshalb vor allem bei Grundpfandrechten Bedeutung erlangt, wobei auch hier der Kontrollschwerpunkt eher auf anderen Fragen als kern-sachenrechtlichen Aspekten lag.<sup>67</sup> Schließlich finden auch die zahlreichen Vorschriften zum Schutz einzelner Personengruppen in der Regel auf das Sachenrecht keine Anwendung. Im Miet- und Arbeitsrecht versteht sich das von selbst, da es um die Regulierung von Schuldverträgen geht, wenn man einmal vom Vorkaufrecht des Mieters<sup>68</sup> (§ 577 BGB) absieht. Aber auch die allgemeine Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU und sogar die Wohnimmobilienkreditrichtlinie 2014/17/EU<sup>69</sup> sparen das Sachenrecht aus und fokussieren

---

abzusichern. Aufgrund des Abstraktionsgrundsatzes ist für den Bestand des vollwirksam begründeten dinglichen Rechts die zugrundeliegende schuldrechtliche Vereinbarung grundsätzlich ohne Bedeutung. Die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nach § 1027 BGB kann unbegründet sein, wenn mit ihm der Abschluss eines inhaltlich unzulässigen Bierlieferungsvertrages erreicht werden soll. Das gilt jedoch nicht nur für diese Fälle, sondern allgemein, wenn eine Verbotsdienstbarkeit zu dem Zweck eingesetzt wird, eine nach anderen Rechtsvorschriften unzulässige Verpflichtung zu erzwingen“.

65 So auch im Fall des OLG Düsseldorf 7.1.2015, VI-U (Kart) 17/14, Rn. 25 (juris).

66 Dazu HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 42.

67 So bezieht sich ein erheblicher Teil der Rechtsprechung auf die Reichweite der Sicherungszweckabrede (zusammenfassend C. HEINZE, Die abstrakte Verkehrshypothek, AcP 211 (2011) 105, 135 ff.) und damit nicht auf die Ausgestaltung des dinglichen Rechts.

68 Dazu BGH DNotZ 2016, 847.

69 Zur Beschränkung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie siehe Art. 3 Abs. 1 lit. a, b RL 2014/17/EU; siehe auch das Umsetzungsgesetz BGBl 2016 I Nr. 12, das keine sachenrechtlichen Vorschriften ändert. Zur Ausnahme von Verträgen „über die Be-

auf die Regulierung des Darlehensvertrags. Von den größeren Verbraucherschutzvorhaben der vergangenen Jahre berührt daher nur das Risikobegrenzungsgesetz (dazu unten II.4.) das Sachenrecht. Auch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zur sittenwidrigen Überforderung durch Angehörigenbürgschaften wird auf dingliche Rechte wie die Grundschuld nicht übertragen.<sup>70</sup>

#### 4. Weiterer Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht

Abgesehen von den bereits gesetzlich angelegten Flexibilisierungen im Sachenrecht hat die Privatautonomie seit Inkrafttreten des BGB weiter an Raum gewonnen. In der Literatur wird häufig auf die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen durch Gesetzgeber und Rechtsprechung verwiesen (dazu sogleich a)). Mindestens ebenso bedeutsam ist, dass die Kautelarpraxis durch die Kombination unterschiedlicher Typen dinglicher Rechte und ihre Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen durch das Institut der Bedingung (bei beweglichen Sachen) und der Vormerkung (bei Immobilien) den Gestaltungsspielraum maßgeblich ausgebaut hat (dazu unten b)).

##### a) Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen

Häufig wird im Zusammenhang mit dem Typenzwang auf die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen verwiesen. Bereits erwähnt wurden die Neugestaltung des Erbbaurechts und die Einführung des Wohnungseigentums durch den Gesetzgeber, die in besonderer Weise eine Verdinglichung schuldrechtlicher Beziehungen erlauben. Hintergrund war in beiden Fällen das wirtschaftliche Bedürfnis, durch die „Teilbarkeit“ des Volleigentums an Grundstücken die Handelbarkeit zu erhöhen und damit weiten Bevölkerungskreisen überhaupt erst den Erwerb von Wohneigentum zu ermöglichen bzw. dem Eigentümer die Möglichkeit zu geben, durch den Verkauf von Eigentumswohnungen Kapital für den Wiederaufbau der Wohnbebauung nach dem Zweiten Weltkrieg zu mobilisieren.<sup>71</sup>

Zudem wird in der Literatur auf die richterrechtliche Erweiterung durch „im Gesetz nicht vorgesehene dingliche Rechtsinstitute wie das Sicherungs-

---

gründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Immobilien aus der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU siehe Art. 3 Abs. 3 lit. e RL 2011/83/EU.

70 BGH NJW 2002, 2633; OLG Celle 3.9.2004, 4 W 123/04, OLGR Celle 2004, 604.

71 Dazu die Begründung zum Wohnungseigentumsgesetz, BT-Drs. 1/252 S. 13; dazu H. PAULICK, Zur Dogmatik des Wohnungseigentums nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 15. März 1951, AcP 152 (1952) 420 ff.

eigentum, die Anwartschaftsrechte und die Sicherungsgrundschuld“ verwiesen, die inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannt seien.<sup>72</sup> Indes kann man bei sorgfältiger Lektüre der Materialien des BGB bezweifeln, dass den Verfassern des Gesetzes tatsächlich die Möglichkeit eines Einsatzes der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB oder der Grundschuld zum Zwecke der Kreditsicherung unbekannt war. Vielmehr findet sich in den Materialien zu § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB (vormals § 223 Abs. 2 BGB) der Satz, „es kann keinen Unterschied machen [für die Verjährung], ob die Forderung durch Bestellung eines Pfandrechts oder durch Übertragung eines Rechts (Eigentum, Grundschuld) sichergestellt worden ist“.<sup>73</sup> Speziell zur Sicherungsübereignung wurde in der zweiten Kommission ein Antrag verworfen, in § 930 BGB durch einen zweiten Absatz die Übereignung durch Besitzkonstitut auszuschließen, „wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll“.<sup>74</sup> Dieser Antrag wurde nach ausführlicher Diskussion abgelehnt,<sup>75</sup> so dass – auch mit Blick auf die Diskussion und die Praxis zum Zeitpunkt der Beratungen des BGB<sup>76</sup> – keine Rede davon sein kann, dass der historische Gesetzgeber die Sicherungsübereignung nicht kannte, sondern vielmehr dass er den Einsatz der Übereignung nach §§ 929, 930 BGB zu Sicherungszwecken zumindest bewusst in Kauf genommen hat. Gleiches gilt für die zu Sicherungszwecken eingesetzte Grundschuld, die der Gesetzgeber ebenfalls als Instrument zur

---

72 R. GAIER, Einleitung zum Sachenrecht, in: Münchener Kommentar zum BGB (7. Aufl., München 2017) Rn. 11. Die manchmal in diesem Zusammenhang zitierte Treuhand gehört nicht hierher, da die Bindungen des Treuehmers i.d.R. keine Drittwirkung nach deutschem Recht haben. Auch im US-amerikanischen Recht wird die größere Flexibilität bei der Ausgestaltung des *trusts*, die im Widerspruch zum *numerus clausus* der dinglichen Rechte steht, damit erklärt, dass die entstehenden Rechte nur „*in equity*“, nicht „*in law*“ entstünden, J. DUKEMINIER/R. SITKOFF, *Wills, Trusts, and Estates* (9. Aufl., New York 2013) 397 f.: „Even if the settlor creates a wide array of exotic beneficial interests such as a life tenant, multiple remainders, and variety of executory interests, if those interests are in trust, third parties need deal only with the trustee“; T. MERRILL/H. SMITH, *Property: Principles and Policies* (3. Aufl., St. Paul/Minnesota 2017) 530.

73 Motive I 345 = Mugdan Band I 542; Bezug genommen in RGZ 57, 175, 177.

74 Protokolle III 197 = Mugdan Band III 626 (zum damaligen § 874a BGB).

75 Protokolle III 201 = Mugdan Band III 626 f.

76 Ausführlich H. GAUL, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung – Zugleich ein Beitrag zum sogenannten Innenverhältnis bei der Sicherungsübereignung* –, AcP 168 (1968) 351, 359. Einschränkend M. BRINKMANN, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (Tübingen 2011) 118, der die Weiterentwicklung zu revolvingierenden Sicherheiten nicht mehr vom „dogmatischen Fundament“ der vom BGB-Gesetzgeber geschaffenen Sicherheiten gedeckt sieht.

Forderungssicherung ansah.<sup>77</sup> Ähnliches gilt für das Anwartschaftsrecht. In den Materialien zu § 132 in der Fassung des zweiten Entwurfs (eine Vorschrift, wonach ein bedingtes Recht vererblich sein sollte) findet sich eine Diskussion der Anwartschaft: Man war sich darüber einig, „daß die während des Schwebens der Bedingung bestehende Anwartschaft einen Vermögenswerth bilde, welcher wie jeder andere Vermögenswert auf die Erben übergehe“.<sup>78</sup> Da man sich ohnehin in diesem Punkt einig war, entschied man, die Vorschrift zur Vererblichkeit zu streichen, weil dann auch Regeln zur Veräußerlichkeit und Übertragbarkeit unter Lebenden nötig wären.<sup>79</sup> Auch wenn man zwischen Anwartschaft und Anwartschaftsrecht unterscheiden muss und jedenfalls die herrschende Meinung auch Anwartschaftsrechte ohne Bedingungszusammenhang anerkannt hat, so zeigen diese Ausführungen, dass dem Gesetzgeber die Existenz von Vorstufen zum Rechtserwerb durchaus bekannt war und er sie nicht verbieten, zugleich aber auch nicht positiv regeln wollte. Darin bereits eine Aufhebung des Typenzwangs zu sehen, geht zu weit,<sup>80</sup> denn immerhin handelt es sich um eine doch begrenzte Vorstufe zur Entstehung eines gesetzlich anerkannten Rechts. Zusammenfassend lässt sich daher resümierend, dass der Katalog der vermeintlichen richterrechtlichen Erweiterungen der sachenrechtlichen Typen bei sorgfältiger Gesetzeslektüre auf ein bescheidenes, wenn überhaupt vorhandenes Maß zusammenschrumpft.

*b) Flexibilisierung durch Typenkombination und Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen*

Bedeutsamer für die Entfaltung der Privatautonomie als die Erweiterung der zulässigen Sachenrechtstypen hat sich die Flexibilisierung durch die Kautelarpraxis erwiesen. Durch unterschiedliche Formen der Typenkombination, der Typenerweiterung und der Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen ist es gelungen, die gesetzlich vorgesehenen Sachenrechtstypen in unterschiedlichster Weise zu kombinieren und mit schuldrechtlichen Ansprüchen zu verknüpfen, so dass ersichtlich kein wesentlicher Bedarf für neue Typen entstanden ist. Diese Entwicklung soll im Folgenden an drei Beispielen illustriert werden.

---

77 Siehe Motive III 779: „Aber eine solche Abrede kommt nur als Motiv, nicht als Erforderniß der Begründung des Rechts in Betracht“.

78 Protokolle I 364 f. = Mugdan Band I 763.

79 Protokolle I 365 = Mugdan Band I 763.

80 FÜLLER (Fn. 16) 519.

*aa) Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen*

Es liegt auf der Hand, dass eine Verknüpfung des dinglichen Rechtserwerbs mit schuldrechtlichen Ansprüchen zu einer Flexibilisierung des Typenzwangs führen kann, weil der an sich allein durch die sachenrechtlichen Vorschriften definierte Erwerbsvorgang zusätzlich an schuldrechtliche Kriterien gebunden wird. Als Instrument für eine solche Flexibilisierung bietet sich bei zunächst die Bedingung (§ 158 BGB) an: Indem die Wirksamkeit oder der Fortbestand der dinglichen Einigung an bestimmte Bedingungen geknüpft wird, wird faktisch der dingliche Rechtserwerb und –erhalt (vorbehaltlich des gutgläubigen Erwerbs, § 161 Abs. 3 BGB) von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, zu denen etwa die Erfüllung schuldrechtlicher Ansprüche gehören kann. Prominentes Beispiel ist hier der Kauf unter Eigentumsvorbehalt, bei dem im Zweifel anzunehmen ist, dass das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird (§ 449 Abs. 1 BGB). Infolge der durch eine großzügige Bedingungsverknüpfung drohenden Destabilisierung des dinglichen Rechtsgeschäfts und seiner vom Gesetz intendierten Eigenständigkeit kann eine solche Bedingungsverknüpfung nur angenommen werden, wenn sie sich aus dem Verhalten der Parteien mit hinreichender Deutlichkeit ergibt.<sup>81</sup> Sie scheidet zudem bei bedingungsfeindlichen Geschäften aus, zu denen im Sachenrecht die Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB), die Übertragung des Erbbaurechts (§ 11 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), die Einräumung und Aufhebung von Sondereigentum (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WEG) sowie die Veräußerung von Sondereigentum (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WEG analog) zählen. In diesen Fällen arbeitet die Praxis mit vormerkungsgesicherten Rückübertragungsansprüchen, indem die schuldrechtlichen Ansprüche auf Rückübertragung eines Grundstücks durch eine Vormerkung gesichert werden. Diese Verknüpfung schuldrechtlicher Rückübertragungsansprüche mit dem dinglichen Rechtserwerb, sei es direkt über den Bedingungszusammenhang oder indirekt über die Vormerkungssicherung des Rückübertragungsanspruchs, ist zwar eine Flexibilisierung (oder Destabilisierung) des dinglichen Rechtsgeschäfts, indes aber keine Aufgabe des Typenzwangs. Auf diesem Weg ist es zwar möglich, die Stabilität des Erwerbs eines gesetzlich gestatteten Sachenrechtstypus an zusätzliche Voraussetzungen zu knüpfen, es kommt aber nicht zur Herausbildung neuer Sachenrechtstypen.

---

81 HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 148: „konkrete Anhaltspunkte für einen entsprechenden realen Willen der Beteiligten erforderlich“.

*bb) Typenkombination*

Neben der Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen war die Kombination unterschiedlicher Sachenrechtstypen ein weiteres Instrument zum Ausbau der Privatautonomie im Sachenrecht. Anstelle der gesetzlich verwehrten Entwicklung neuer Typen haben sich die Parteien und ihre Berater dadurch zu behelfen gewusst, dass sie im Gesetz als zulässig akzeptierte Typen miteinander kombiniert haben oder indem sie ein bei einem Typus gesetzlich akzeptiertes Instrument auf einen anderen übertragen haben. So hat die grundsätzliche Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1090 Abs. 2, 1061 BGB) in der Praxis zu Problemen geführt, weil sie die Handelbarkeit des durch diese Dienstbarkeit gesicherten Wirtschaftsguts, z.B. einer Windkraftanlage, beschränkte. Um nicht auf allein gesellschaftsrechtliche Lösungen angewiesen zu sein, entwickelte die Praxis die Kombination der Dienstbarkeitsbestellung verbunden mit einer Verpflichtung des Eigentümers, dem Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolger des ursprünglich Dienstbarkeitsberechtigten ebenfalls eine Dienstbarkeit zu bestellen, wobei dieser Anspruch durch eine Vormerkung gesichert wurde.<sup>82</sup> So kann durch die Verbindung von Dienstbarkeit und Vormerkung eine faktisch (in gewissem Umfang) übertragbare beschränkte persönliche Dienstbarkeit begründet werden. Ebenso lässt sich die Akzessorietät der Hypothek ausschalten, indem man als gesicherte Forderung ein abstraktes Schuldversprechen und nicht die an sich zu sichernde Darlehensforderung bestimmt, so dass man die Hypothek faktisch zu einem nicht-akzessorischen Grundpfandrecht macht.<sup>83</sup> Schließlich sei auf die inzwischen im Immobiliarsachenrecht weitgehend anerkannte Möglichkeit zur Bestellung von Rechten an der eigenen Sache verwiesen, die das Gesetz zunächst nur für bestimmte dingliche Rechte vorsah (vgl. §§ 1009 Abs. 2, 1132 Abs. 2, 1168 Abs. 2, 1188 Abs. 1, 1196 Abs. 2 BGB).<sup>84</sup>

*5. Gegenbewegungen in jüngerer Zeit: Die Neuregelung der Sicherungsgrundschuld?*

Bis hierher konnte ein vergleichsweise günstiges Bild der Privatautonomie im Sachenrecht gezeichnet werden. Nun mag man einwenden, dass der

---

82 C. REYMANN, § 1090 Gesetzlicher Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2017, Berlin) Rn. 44.

83 Dazu ausführlich HEINZE (Fn. 67) 105.

84 Dazu HEINZE (Fn. 8) § 873 Rn. 218; HEINZE (Fn. 57) Rn. 30 ff.

Gesetzgeber mit seinen Eingriffen durch das Risikobegrenzungs-gesetz<sup>85</sup> auch im Sachenrecht die Privatautonomie zurückgedrängt habe. Indes sind die mit diesem Gesetz verbundenen Eingriffe im Bereich der Sicherungsgrundschuld begrenzt: Sie beschränken sich im Wesentlichen auf den Ausschluss des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs gemäß § 1157 Satz 2 BGB durch den neuen § 1192 Abs. 1a BGB und eine nunmehr zwingende sechsmonatige Kündigungsfrist für die Fälligkeit der Grundschuld (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der größere Teil der Änderungen betrifft das Darlehensrecht und z.T. die Zwangsvollstreckung. Wenn man sich zugleich vor Augen führt, dass der Ausschluss des gutgläubigen einreddefreien Erwerbs bereits in ähnlicher Form, wenn auch mit anderen Mitteln, der Rechtsprechung des Reichsgerichts entsprach, dann bleibt gerade mal eine zwingende Mindestkündigungsfrist. Es kommt hinzu, dass die Neuregelungen umgehungsanfällig sind, weil sie durch die Besicherung einer Forderung aus einem abstrakten Schuldversprechen mit einer Hypothek ohne weiteres ausgeschaltet werden können. Das dieser Weg in der Praxis – soweit ersichtlich – bisher kaum genutzt wird, zeigt, dass die Eingriffe in die Gestaltungsfreiheit durch das Risikobegrenzungs-gesetz offenbar als nicht so schwerwiegend empfunden werden, dass sie die Attraktivität der Grundschuld mehr als nur geringfügig beeinträchtigt hätten.

### III. ERGEBNISSE

Unser Streifzug durch die Beziehung von Privatautonomie und Typenzwang hat zu Tage gefördert, dass der Gestaltungsspielraum für die Parteien auch im Sachenrecht ungleich größer ist als es die grundsätzliche Zurückweisung der Vertragsfreiheit in den Gesetzesmaterialien zum BGB erwarten ließe. Der Typenzwang bewirkt zwar eine Begrenzung und Standardisierung der dinglichen Rechte, konkret des Eigentums und seiner Mitberechtigungsformen (Mit- oder Gesamthandseigentum), der Nutzungsrechte (Dienstbarkeiten), Verwertungsrechte (Grundpfandrechte) und Erwerbsrechte (Vorkaufsrecht, Vormerkung). Bei beweglichen Sachen kommt das Gesetz sogar mit noch weniger beschränkt dinglichen Rechten aus (Pfandrecht, Nießbrauch, ggf., wenn man es dazu zählen mag, Sicherungseigentum). Indes sind nur die Bausteine als solche gesetzlich fixiert, also Dauer und Inhalt des Rechts, Entstehungs- und Übertragungsvoraussetzungen und die rechtliche Ausgestaltung der Berechtigungsverhältnisse (Miteigentum oder Gesamthandseigentum), nicht die Gestalt des daraus errichteten Gebäudes, das auch von anderen Elementen wie etwa der Zahl und Ausgestaltung der

---

<sup>85</sup> Gesetz zur Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken, BGBl. 2008 I 1666.

Berechtigten und dem Zuschnitt der vom jeweiligen dinglichen Recht betroffenen tatsächlichen Gegenstände (Grundstücksgrenzen, etc.) maßgeblich beeinflusst wird. Aber auch bei der Ausgestaltung der Bausteine belässt das Gesetz den Parteien erheblichen Spielraum. So besteht zum einen bei zahlreichen Typen eine mehr oder weniger große inhaltliche Ausgestaltungsfreiheit und -bedürftigkeit, die z.T. so weit reichen kann, dass der Inhalt des Rechts faktisch durch die Parteien definiert werden muss (wie etwa beim Wohnungseigentum). Zum zweiten haben die allgemeinen (also sachenrechtsexternen) zwingenden Vorschriften im Sachenrecht deutlich weniger Bedeutung als im Schuldrecht. Und zum dritten hat vor allem die Kautelarpraxis die gesetzlich eröffneten Flexibilisierungen genutzt, um durch die Verknüpfung mit schuldrechtlichen Ansprüchen und die Kombination zulässiger Typen den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen. Trotz Typenzwangs bleibt daher zu konstatieren, dass sich die Privatautonomie im Sachenrecht reger Entfaltung erfreut – ein Befund, der vielleicht auch manche Sorge im Schuldrecht zu relativieren hilft, insofern nicht jede Begrenzung der Handlungsfreiheit zwangsläufig das Ende aller Freiheit bedeutet.



## ***Numerus clausus*-Prinzip im japanischen Sachenrecht**

*Katsuyuki Wada\**

- I. Einführung
- II. Der *numerus clausus* im japanischen Zivilrecht
  - 1. Vorschrift des Art. 175 ZG und dingliche Rechte im ZG
  - 2. Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG
  - 3. Begründung des *numerus clausus*
  - 4. Ausnahme 1 – Traditionelle gewohnheitsrechtliche Rechte
  - 5. Ausnahme 2 – Eigentumssicherheiten
- III. Zusammenfassung

### I. EINFÜHRUNG

Im heutigen internationalen Workshop geht es um das Thema „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“. In diesem Rahmen wurde Herrn Professor Heinze und mir eigentlich ein gemeinsames Unterthema, nämlich „dingliches Kreditsicherungsrecht“, zugewiesen. Wir haben dann aber zusammen entschieden, dieses Thema ein Stück weit zu erweitern und den Grundsatz des *numerus clausus* im Rahmen des Sachenrechts, das ja das dingliche Kreditsicherungsrecht enthält, zu behandeln. Denn dieser Grundsatz beschränkt – auf dem Gebiet des Sachenrechts – die Privatautonomie, und zwar die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Parteien.<sup>1</sup> Gerade deshalb scheint die Behandlung dieses Themas für den heutigen Workshop geeignet zu sein. Darüber hinaus war dieses Prinzip in letzter Zeit häufig unter rechtsökonomischen Gesichtspunkten Gegenstand der internationalen Diskussion, was dieses Thema noch interessanter und aktueller macht.

Deshalb möchte ich im Folgenden den Grundsatz des *numerus clausus* im japanischen Recht erläutern. Zunächst stelle ich dessen Inhalt laut des japanischen Zivilgesetzes vor. Anschließend gehe ich auf den Sinn und

---

\* Associate Professor of Law, Universität Kyōto.

1 H. KAWACHI, *Bukken-hō kitei no kyōkō hōsei* [Unabdingbarkeit der Vorschriften im Sachenrecht], *New Business Law* 1128 (2018) 18 f. stellt allerdings diese traditionelle Gegenüberstellung von *numerus clausus* im Sachenrecht und Privatautonomie in Frage. Er hebt die Funktion des *numerus clausus* hervor, das freiheitliche, selbstständige Eigentum sicherzustellen und die Verkehrssicherheit zu fördern, und sieht diesen als vereinbar mit der Privatautonomie an.

Zweck dieses Prinzips in der heutigen Rechtsordnung ein. Dabei werfe ich noch einen kurzen Blick auf die rechtsökonomische Diskussion. Schließlich behandle ich zwei konkretere Themen betreffend die Ausnahmen vom *numerus clausus*. Zum einen handelt es sich um traditionelle, gewohnheitsrechtliche (quasi-)dingliche Rechte, die auch die Rechtsprechung inzwischen anerkannt hat. Diese erste Kategorie von Rechten ist allerdings heutzutage nicht mehr so wichtig. Zum anderen konzentriere ich mich auf sogenannte Eigentumssicherheiten (z.B. die Sicherungsübereignung), die sich außerhalb des Zivilgesetzes in der Praxis entwickelt haben. Diese zweite Kategorie wirft zum Teil wegen des Fehlens gesetzlicher Regelungen immer noch verschiedene Probleme auf. Allerdings möchte ich Sie schon jetzt um Verständnis dafür bitten, dass ich in diesem kurzen Vortrag nur einen Überblick über den Diskussionsstand in Japan geben kann und sich mein Vortrag zum Teil mit dem sehr detaillierten Beitrag von Herrn Professor Heinze überschneidet.

## II. DER NUMERUS CLAUSUS IM JAPANISCHEN ZIVILRECHT

### 1. *Vorschrift des Art. 175 ZG und dingliche Rechte im ZG*

Art. 175 des japanischen Zivilgesetzes (nachfolgend: ZG)<sup>2</sup> bestimmt: „Dingliche Rechte können nur insoweit begründet werden, als es in diesem und anderen Gesetzen vorgesehen ist“. Eine derartige Vorschrift, die den Grundsatz des *numerus clausus* deutlich zum Ausdruck bringt, ist rechtsvergleichend gesehen nicht unbedingt üblich. So gibt es z.B. auch im deutschen Recht keine ausdrückliche Vorschrift, aber auch dort gilt dieser Grundsatz als ein Grundprinzip im Sachenrecht. Dessen Bedeutung wird in Japan – ebenso wie in Deutschland – dahingehend verstanden, dass (1) „die dinglichen Rechte nach Zahl und Art im ZG und anderen Gesetzen erschöpfend geregelt sind“ (sog. *Typenzwang*) und (2) „der Inhalt der sonach möglichen Berechtigungen zwingend durch das Gesetz festgelegt ist“ (sog. *Typenfixierung*).<sup>3</sup> Infolgedessen sind im ZG neben dem Eigentumsrecht (Art. 206 ff.) die folgenden zwei Typen von beschränkten dinglichen Rechten vorgesehen.<sup>4</sup>

2 *Minpō* [Zivilgesetz], Gesetz Nr. 89/1896.

3 Zum Beispiel S. WAGATSUMA/T. ARIIZUMI, *Shintei bukken-hō* [Sachenrecht, neue Fassung] (Tōkyō 1983) 27; TOKUMOTO in: Funabashi/Tokumoto (Hrsg.), *Shinpan chūshaku minpō 6 bukken 1* [Kommentar zum Zivilrecht 6, Sachenrecht 1, neue Fassung] (Tōkyō 2009) 220.

4 Selbstverständlich gibt es außerhalb des Zivilgesetzes zahlreiche Sondergesetze, die dingliche Rechte anerkennen. Beispielsweise sieht das Handelsgesetz (*Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899, nachfolgend: HG) ein besonderes Zurückbehaltungsrecht zwischen Kaufleuten (Art. 521 HG) und eine Sonderregelung über das Pfandrecht

Als dingliche Nutzungsrechte gelten das Erbbaurecht (Art. 265 ff.), das Erbpachtrecht (Art. 270 ff.), die Grunddienstbarkeiten (Art. 280 ff.) und das Allmenderecht<sup>5</sup> (Art. 263, 294). Gegenstand dieser Nutzungsrechte sind ausschließlich Grundstücke. Anders als in Deutschland gibt es keine beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Dingliche Kreditsicherungsrechte sind das Zurückbehaltungsrecht (Art. 295 ff.), das Vorzugsrecht (Art. 303 ff.), das Pfandrecht (Art. 342 ff.) und die Hypothek (Art. 369 ff.). Bei den beiden letzteren Rechten (Pfandrecht und Hypothek) handelt es sich im Unterschied zu den beiden Ersteren um rechtsgeschäftlich zu begründende Rechte. Es ist bemerkenswert, dass es für bewegliche Sachen im ZG eigentlich keine Regelung für besitzlose Pfandrechte gibt.<sup>6</sup> Hier existiert eine Gesetzeslücke, obwohl es tatsächlich in der Praxis Bedarf an besitzlosen Mobiliarsicherungsrechten gab, die es ermöglichten, zum Geschäftsbetrieb gehöriges Vermögen (z.B. eine Maschine oder ein Warenlager) als Kreditsicherheit zu verwenden. Allerdings ist, wie im Folgenden noch erläutert wird, die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen inzwischen gewohnheitsrechtlich bzw. durch die Rechtsprechung als wirksame Kreditsicherheit anerkannt.

## 2. Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG<sup>7</sup>

Zunächst verfasste ein französischer Jurist (namens *Gustave Émile Boissnade de Fontarabie*), der für die Schaffung eines neuen Rechtssystems nach Japan gerufen worden war, einen Gesetzentwurf, aus dem das sogenannte „alte“ japanische Zivilgesetz von 1890 hervorging. Obwohl es damals in Frankreich einen Streit darüber gab, ob der *numerus clausus* überhaupt vorhanden sei, nahm er dieses Prinzip für Japan an. Dies führte dazu, dass

---

(Art. 515 HG: Zulassung von Verfallklauseln) vor. Ferner gibt es verschiedene sondergesetzlich geregelte Arten von dinglichen Nutzungsrechten wie Fischereirechte und Bergrechte. Auch werden durch Sondergesetz verschiedene Hypotheken an der Vermögensmasse von Unternehmen anerkannt.

- 5 Das Allmenderecht ist das Mitbenutzungsrecht an einem Grundstück in einer Landgemeinde. Sein Inhalt regelt sich hauptsächlich nach örtlichen Bräuchen.
- 6 Es wurde jedoch später durch einige Sondergesetze eine sogenannte Mobiliarhypothek eingeführt, deren mögliche Gegenstände (z.B. Kraftfahrzeuge, Flugzeuge, Baumaschinen usw.) aber begrenzt sind und deshalb die Bedürfnisse der Praxis noch nicht völlig befriedigen.
- 7 K. SHICHINOHE, *Bukken hōtei shugi – hikakuhōteki • enkakuteki kōsatsu* [Numerus clausus Prinzip – aus rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Sicht], in: Keiō Gijuku Daigaku Hōgaku-bu (Hrsg.), *Keiō gijuku daigaku hōgaku-bu hōritsu gakkai kaisetsu hyakunen kinen ronbun-shū* [Festschrift zur 100-Jahr-Feier der Gründung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Keiō-Universität] (Tōkyō 1990) 586 ff., geht auf den Ursprung des *numerus clausus* im japanischen Zivilrecht – nämlich das französische und deutsche Recht – und die Entstehungsgeschichte des Art. 175 ZG ein.

einige Rechte (z. B. Erbbaurecht, Erbpachtrecht usw.) trotz damaliger anderer Auffassungen gesetzlich eindeutig als dingliche Rechte qualifiziert wurden. Es sollte klargestellt werden, welche Rechte dinglich sind und welche nicht. Boissonade hatte auch die absolute Wirkung dinglicher Rechte gegen jedermann hervorgehoben, und zwar als Grund dafür, dass der Grundsatz des *numerus clausus* verwirklicht und damit eine privatautonome Gestaltungsfreiheit ausgeschlossen werden sollte.

Nachdem die Inkraftsetzung des „alten“ Zivilgesetzes verschoben worden war, hatte auch der erste und zweite Entwurf des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Einfluss auf die Überarbeitung des japanischen Zivilgesetzes. Dabei hatte man wohl auch berücksichtigt, dass im Entwurf des BGB vom *numerus clausus* im Sachenrecht ausgegangen wurde. Dieses Prinzip wurde allerdings später im BGB nicht ausdrücklich geregelt.

In Japan hingegen hat dieser Grundsatz in Art. 175 ZG Ausdruck gefunden. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist laut den Verfassern folgende: (1) Gesetzliche Verdeutlichung der Dinglichkeit eines Rechts, (2) Verbot der rechtsgeschäftlichen Schaffung neuer dinglicher Rechte, (3) Ausschluss der Entstehung gewohnheitsrechtlicher dinglicher Rechte. Was den zweiten Punkt betrifft, haben sich vor allem die Eigentumssicherheiten im Wege des Richterrechts entwickelt. Was den dritten Punkt anbelangt, ist umstritten, wie ernst man die Intention der Verfasser für den Ausschluss gewohnheitsrechtlicher dinglicher Rechte nehmen sollte (rechtsdogmatisch stellt sich hier die Frage, ob auch das Gewohnheitsrecht von der Formulierung „in diesem und anderen Gesetzen“ in Art. 175 ZG umfasst ist). Wie dem auch sei, einige gewohnheitsrechtliche (quasi-)dingliche Rechte sind inzwischen durch die Rechtsprechung anerkannt.<sup>8</sup>

### 3. Begründung des *numerus clausus*

Es stellt sich die Frage, warum das *numerus clausus*-Prinzip im Sachenrecht gelten soll, mit anderen Worten, warum die Privatautonomie im Sachenrecht teilweise beschränkt werden soll. Dass der *numerus clausus* nur „teilweise“ die Privatautonomie beschränkt, beruht darauf, dass zwar Abschlussfreiheit im Rahmen des Typenzwangs und der Typenfixierung besteht, nicht aber eine inhaltliche Gestaltungsfreiheit.

---

<sup>8</sup> Dass auch gewohnheitsrechtlich dingliche Rechte anerkannt werden sollten, ist auch in der Literatur die herrschende Meinung. Es wird nur darüber diskutiert, wie man dieses Ergebnis rechtsdogmatisch rechtfertigen kann. Dabei spielt nicht nur Art. 175 ZG eine Rolle, sondern auch Art. 35 des Durchführungsgesetzes zum Zivilrecht (*Minpō shikō-hō*, Gesetz Nr. 11/1898) und Art. 3 des Rechtsanwendungsgesetzes (*Hō no tekiyō ni kansuru tsūsoku-hō*, Gesetz Nr. 78/2006). Zu diesem Streit TOKUMOTO (Fn. 3) 218 ff.

a) *Historischer Grund – Abschaffung feudaler Rechtsverhältnisse*

Ein historischer Grund ist die Abschaffung verschiedener feudaler Rechte an Grundstücken.<sup>9</sup> Früher bestanden feudale Rechtsverhältnisse, die das Eigentum an Grundstücken einschränkten und auch mit dem Ständesystem in der Gesellschaft zusammenhingen. In diesem Kontext kam dem *numerus clausus* dahingehend Bedeutung zu, derartige feudale Rechtsverhältnisse auszuschließen und ein selbständiges und freiheitliches Eigentumsrecht zu schaffen. Zwar könnte dem *numerus clausus* auch heute noch die gleiche Funktion zukommen, im Sinne der Verhinderung des Wiederauflebens solcher feudalen Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft, aber diese Gefahr ist eher unrealistisch. Deshalb wäre es schwierig, den *numerus clausus* heutzutage nur mit diesem Argument zu begründen.

Das Ziel, ein selbständiges und freiheitliches Eigentum zu schaffen und dessen Einschränkungen so gering wie möglich zu halten, hängt auch mit dem Schutz des Eigentums vor Aushöhlung und Zersplitterung zusammen, wie Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag erläutert hat. Dass beschränkte dingliche Rechte gesetzlich klar definiert sind und es zur Begrenzung des Eigentums grundsätzlich einer gesetzlichen Regelung bedarf, dürfte noch immer zumindest eine symbolische Bedeutung für die Eigentumsfreiheit haben. Eine weitere Schutzmaßnahme gegen die Aushöhlung des Grundstückseigentums ist im Übrigen beispielsweise wohl auch darin zu sehen, dass 1992 ein nicht erneuerbares Mietrecht an Grundstücken eingeführt wurde. Ein Mietrecht an einem Grundstück zum Zweck der Errichtung eines Gebäudes wird unter bestimmten in einem Sondergesetz festgelegten Voraussetzungen<sup>10</sup> verdinglicht. Die „normale“ Miete eines Grundstücks ist nach diesem Gesetz anders als bei dem nicht erneuerbaren Mietrecht (Art. 22) nur schwer zu kündigen; Art. 6 dieses Sondergesetzes verlangt einen berechtigten Grund,<sup>11</sup> um die „normale“ Miete zu kündigen. Diese Beschränkung der Kündigung könnte zu einer allzu großen Belastung des Grundstückseigentums führen.

---

9 WAGATSUMA/ARIIZUMI (Fn. 3) 25; TOKUMOTO (Fn. 3) 216.

10 Bei dem Sondergesetz handelt es sich um das Gesetz betreffend die Land- und Gebäudemiete bzw. Land- und Gebäudepacht (*Shakuchi shakuya-hō*, Gesetz Nr. 90/1991). Die Voraussetzung lautet, dass der Grundstücksmieter ein Gebäude auf dem Grundstück besitzt und er als Eigentümer des Gebäudes eingetragen ist (Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes). Dann kann der Eigentümer des Gebäudes sein Mietrecht am Grundstück auch Dritten entgegensetzen.

11 Man berücksichtigt dabei die Umstände beider Vertragsparteien, d.h. wie notwendig für jede Partei die Nutzung des Grundstücks ist, wie viel der Vermieter dem Mieter für das Wegziehen von dem Grundstück anbietet usw.

b) *Verkehrsschutz in Verbindung mit der Publizität der dinglichen Rechte*

Als materielleren Grund nennt man häufig die Absolutheit dinglicher Rechte. Ein dingliches Recht hat nämlich die Eigenschaft, dass es gegen jedermann wirkt (*absolute Wirkung* von dinglichen Rechten). Wenn Parteien ein derartiges absolutes Recht privatautonom beliebig begründen könnten, könnte ein Dritter im Rechtsverkehr (z.B. der Erwerber eines Grundstücks) durch die unerwartete dingliche Belastung benachteiligt werden. Deshalb sollte man dem *numerus clausus* folgen und damit die Zahl und den Inhalt dinglicher Rechte gesetzlich klar definieren.

Aber tatsächlich wäre dieser Grundsatz allein nicht ausreichend, um den hier angesprochenen Verkehrsschutz zu verwirklichen. Es kommt vielmehr auf die Publizität der dinglichen Rechte an, weil man erst durch die Publizität des betreffenden dinglichen Rechts mit dessen Existenz rechnen kann und soll, und umgekehrt ein publizitätsloses dingliches Recht in seiner Wirkung gegen Dritte beschränkt werden sollte (*Publizitätsprinzip* im Sachenrecht). Daher dient der *numerus clausus* genauer genommen der Durchsetzung des Publizitätsprinzips, indem es durch die Begrenzung der Zahl und des Inhalts dinglicher Rechte deren Publizität vereinfacht.<sup>12</sup> Was dingliche Rechte an Immobilien betrifft, würde die Möglichkeit der Schaffung beliebiger dinglicher Rechte das Eintragungssystem überlasten und, was dingliche Rechte an Mobilien betrifft, ist der Besitz als Publizitätsmittel gänzlich ungeeignet, um von den gesetzlichen Typen abweichende unterschiedliche Rechte bekannt zu machen. Im Zusammenhang mit diesem Unterschied hinsichtlich des Publizitätsmittels zwischen Immobilien und Mobilien wird auch die geringere Zahl der dinglichen Rechte an beweglichen Sachen im ZG begründet.

Wenn die Dinge sich aber so verhalten, wäre eigentlich entscheidend, welche Rechte im Eintragungssystem usw. bekanntgemacht werden können, und nicht ob das *numerus clausus*-Prinzip selbst weiter gelten soll. Denn, auch wenn man auf dieses Prinzip verzichtet und beliebig gestaltbare dingliche Rechte zulassen würde, können derartige dingliche Rechte ohne angemessenes Publizitätsmittel ohnehin nicht Dritten entgegengesetzt werden, was Sinn und Zweck der Schaffung neuer dinglicher Rechte beträchtlich verringern würde.<sup>13,14</sup> Deshalb sollte man den *numerus clausus* immer

---

12 WAGATSUMA/ARIIZUMI (Fn. 3) 25; TOKUMOTO (Fn. 3) 216 f.

13 Wenn man beliebig gestaltbare dingliche Rechte, die jedoch gesetzlich mit keinem entsprechenden Publizitätsmittel vorgesehen sind, zulassen würde (Verzicht auf den *numerus clausus*), wäre der einzige Unterschied das Verhältnis zu unberechtigten Dritten (z.B. dem unberechtigten Besitzer eines Grundstücks). Denn nach japanischem Recht (Art. 177, 178 ZG) kann man einem solchen Dritten ohne berechtigtes Interesse ein dingliches Recht auch ohne dessen Publizität entgegengesetzen. Das japanische Recht folgt in dieser Hinsicht grundsätzlich dem Konsensualprinzip bei der Ei-

in Verbindung mit dem Publizitätssystem erörtern; eine isolierte Untersuchung des *numerus clausus* hingegen ergibt als solche wenig Sinn.

c) *Kostenverringerng für Dritte und Eintragungssysteme*

Aus ökonomischer Sicht kann man den oben erwähnten Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes mit dem Grund der Kostenverringerng in Verbindung setzen. Wie Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag ausführt, dient der Typenzwang (inklusive Typenfixierung) der Vermeidung eines unerwünschten Abwälzens von Informationskosten auf Dritte, wodurch die Zirkulationsfähigkeit von Mobilien und Immobilien gefördert werden kann. Außerdem hat der *numerus clausus* auch mit den Systemkosten des Immobilienregisters etwas zu tun, weil es das Registrierungssystem überlasten und das Register unübersichtlich machen würde, wenn beliebige dingliche Rechte im Register zu registrieren wären.

Es wird auch darauf hingewiesen, dass eventuell erhöhte Kosten für das Registrierungssystem durch eine entsprechende Kostenregelung oder Gebühr ausgeglichen werden könnten. Hier müsste man aber zunächst darüber nachdenken, ob es wirklich einen Bedarf gibt, die Möglichkeit der Eintragung beliebiger dinglicher Rechte trotz der erhöhten Kosten zu eröffnen. Dabei kann man wohl auch den Umstand nicht ignorieren, dass die damit verbundene zunehmende Unübersichtlichkeit des Registers für Dritte nachteilig wäre, weil z. B. im Immobilienverkehr in Japan – anders als in Deutschland – nicht unbedingt ein Sachverständiger, wie beispielsweise ein Notar, eingeschaltet werden muss und sich die Informationskosten für Dritte dementsprechend erhöhen könnten.

Wenn die Verringerung der Informationskosten, die durch den Typenzwang verwirklicht wird, so wichtig ist, stellt sich im Übrigen auch die Frage, warum das *numerus clausus*-Prinzip nur im Sachenrecht gelten soll, mit anderen Worten, ob man dieses Prinzip gegebenenfalls auch auf das Gebiet des Schuldrechts anwenden sollte.<sup>15</sup> Dies kommt insbesondere dann in Frage, wenn eine Forderung wie eine Sache übertragen wird, also bei der Abtretung.

---

gentumsübertragung oder der dinglichen Rechtsänderung, d. h. die Wirkung der Übertragung usw. ohne Publizität wird nur im Verhältnis zu bestimmten Dritten begrenzt.

14 Vgl. H. HIRANO, *Bukken-hō oyobi tanpo bukken-hō to keiyaku jiyū – bukken hōtei shugi o megutte* [Sachenrecht und dingliches Sicherungsrecht sowie Vertragsfreiheit – zum *numerus clausus*-Prinzip], *Hōritsu Ronsō* 84-2/3 (2012) 401 ff. Auch er stellt den heutigen, selbstständigen Sinn des *numerus clausus* in Frage, weil schon das Publizitätsprinzip im Sachenrecht einen Verkehrsschutz bieten kann.

15 Zu dieser Fragestellung Y. NŌMI, *Shintaku to bukken hōtei shugi – shintaku to minpō no kōsaku* [Treuhand und *numerus clausus*-Prinzip – Interaktion zwischen Treuhand und Zivilrecht], in: Satō/Saitō (Hrsg.), *Gendai minji hōgaku no riron-jō* [Theorie der gegenwärtigen Zivilrechtswissenschaft Bd. 1] (Tōkyō 2001) 29, 50 ff.

Angesichts der zunehmenden Bedeutung der Forderungsabtretung (z. B. zum Zweck der Kreditsicherung) wäre es vielleicht denkbar, dass Informationskosten auch bei der Abtretung durch einen gewissen Typenzwang und eine gewisse Typenfixierung gesenkt werden könnten. Aber man muss hier berücksichtigen, dass es meistens um Geldforderungen geht, wenn die Rede von der Förderung des Abtretungsgeschäfts ist. Geldforderungen sind ohnehin inhaltlich sehr stark determiniert, so dass hier grundsätzlich kein Typenzwang und keine Typenfixierung erforderlich sind. Außerdem kann man bei einem Abtretungsgeschäft leichter als beim Sachverkehr Informationen über Geschäftsgegenstände erhalten, da man sich an den Schuldner wenden kann.<sup>16</sup> Tatsächlich geht das japanische Abtretungsrecht genau davon aus, insoweit als die Anzeige der Abtretung an den Schuldner oder dessen Zustimmung zur Abtretung als Voraussetzung für die Drittwirksamkeit der Abtretung vorgesehen ist und erwartet wird, dass der Schuldner als „Auskunftsstelle“ oder „Informationszentrum“ jemandem, der die Forderung übertragen bekommen möchte, Auskunft erteilt (Art. 467 ZG).<sup>17</sup>

Was vertragliche Abtretungsverbote betrifft, wurde allerdings die gesetzliche Regelung im Zuge der Schuldrechtsreform von 2017 zulasten der Gestaltungsfreiheit der Parteien geändert. Demnach steht ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot der Wirkung der Abtretung nicht entgegen (Art. 466 Abs. 2 ZG). Dies bedeutet, dass der Zessionar trotz des Vorhandenseins eines Abtretungsverbots die abgetretene Forderung wirksam erwerben kann. Der Schuldner hat dabei nur das Recht, die Erfüllung an den Zessionar zu verweigern, und kann mit befreiender Wirkung an den bishe-

---

16 NŌMI (Fn. 15) 56 nennt diesen Umstand als Grund dafür, dass man auf dem Gebiet des Schuldrechts keinen *numerus clausus* braucht. Man kann hier theoretisch vom Schuldner als einem neutralen Dritten die Auskünfte über Abtretungsgeschäfte von der gegen ihn gerichteten Forderung erwarten.

17 Allerdings wurde im Jahr 1998 durch ein Sondergesetz zusätzlich auch ein digitales Register als weiteres Publizitätsmittel für die Abtretung eingeführt. Dieses Registrierungssystem wurde dann im Jahr 2004 auch auf die Übereignung von beweglichen Sachen erweitert. Daher heißt das jetzige Sondergesetz Gesetz über die Ausnahmen vom Zivilgesetz betreffend die Entgegenseitbarkeit bei der Übereignung beweglicher Sachen und der Abtretung von Forderungen (*Dōsan oyobi saiken no jōto no taikō yōken ni kansuru minpō no tokurei-tō ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 104/1998, nachfolgend: ÜBSoG). Nunmehr ist auch die Eintragung ins Register als Voraussetzung der Entgegenseitbarkeit der Übereignung oder Abtretung gesetzlich anerkannt. Das Register soll den Beteiligten sicherere Informationen darüber liefern, ob die betreffenden Sachen oder Forderungen nicht schon an Andere übertragen wurden. Aber man muss darauf achten, dass diese Eintragung die Übergabe bei beweglichen Sachen oder die Anzeige oder Zustimmung bei Forderungen als Voraussetzung der Entgegenseitbarkeit der Übereignung oder Abtretung nicht komplett ersetzt, sondern beide Publizitätssysteme zurzeit nebeneinander existieren.

rigen Gläubiger leisten, sofern der neue Gläubiger wusste oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass es ein Abtretungsverbot gegeben hat (Art. 466 Abs. 3 ZG). Während die Abtretung einer mit einem Abtretungsverbot versehenen Forderung nach der alten Vorschrift (Art. 466 Abs. 2 ZG a.F.) gegenüber bösgläubigen oder grobfahrlässigen Dritten unwirksam war, bleibt im neuen Recht die Abtretung selbst – wie zuvor erläutert – stets wirksam. Mit dieser Reform wird die Förderung des Abtretungsgeschäfts (v. a. der Globalabtretung oder der Securitization) bezweckt. Hier wird im Interesse des Verkehrs die Gestaltungsfreiheit der Parteien über die Forderungseigenschaft der Übertragbarkeit beschränkt. Darin könnte man auch eine stärkere Typenfixierung im Schuldrecht sehen. Im Übrigen ist es bezüglich des Abtretungsverbots auch bemerkenswert, dass die Beschränkung der Wirkung des Abtretungsverbots – anders als in Deutschland (s. Art. 354a deutsches Handelsgesetzbuch) – im Rahmen des allgemeinen Zivilrechts erfolgte, und dass nur Kontoforderungen von dieser Reform ausgenommen sind (Art. 466-5 ZG).<sup>18</sup>

#### 4. Ausnahme 1 – Traditionelle gewohnheitsrechtliche Rechte

Wenn man das *numerus clausus*-Prinzip (Art. 175 ZG) streng anwendet, stellen sich noch weitere Fragen: Wie soll man (1) mit einem schon bisher gewohnheitsrechtlich anerkannten Recht und (2) mit einem im Geschäftsverkehr neu entwickelten Recht (meistens handelt es sich um Kreditsicherungsrechte) umgehen? Im Ergebnis erkennt die Rechtsprechung einen Raum für die Existenz von derartigen Rechten an. Man mag darin eine teleologische Reduzierung des Art. 175 ZG sehen. Zunächst möchte ich auf den ersten Typ, also die traditionellen gewohnheitsrechtlichen Rechte, eingehen. Was diesen Typ von Rechten betrifft, war es übrigens in Deutschland möglich, im Rahmen des Landesrechts derartige Rechte anzuerkennen (das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche hat dies zugelassen). Da das Regierungssystem in Japan stärker zentralistisch ist, mussten die Rechte auf anderem Wege (d. h. durch die Rechtsprechung) anerkannt werden.<sup>19</sup>

Als gewohnheitsrechtliche Rechte werden vor allem das Wasser- und Thermalquellenrecht genannt. Unter dem Wasserrecht ist heutzutage hauptsächlich ein Recht zu verstehen, das die Nutzung von Wasser aus Flüssen oder Reservoirs zum Zweck der Bewässerung ermöglicht. Die Rechtsprechung bejaht einen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch aufgrund des

---

18 Bezüglich Kontoforderungen bleibt es demnach bei der Wirkung des Abtretungsverbots nach der alten Vorschrift. Da es in der Gesellschaft weit bekannt ist, dass Kontoforderungen mit einem Abtretungsverbot versehen sind, ist deren Abtretung meistens unwirksam.

19 SHICHINOHE (Fn. 3) 592 f.

Wasserrechts. Dabei kann man eine tatsächliche Nutzung des Wassers durch Wasserwege und Dämme als gewohnheitsrechtliches Publizitätsmittel des Wasserrechts ansehen. Das Thermalquellenrecht ist ein Herrschaftsrecht an einer Thermalquelle, über das man unabhängig vom Eigentum am Grundstück, in dem sich die Thermalquelle befindet, verfügen kann. Um dieses Recht Dritten (z.B. dem Erwerber des Grundstücks) entgegenzusetzen zu können, braucht man nach der Rechtsprechung auch ein Publizitätsmittel. Das ist z.B. ein Schild oder eine Einrichtung, die das Benutzen der Thermalquelle regelt. Zusammenfassend lässt sich wohl daher sagen, dass ein gewohnheitsrechtliches, mehr oder weniger inhaltlich fixiertes Recht als (quasi-)dingliches Recht durch die Rechtsprechung anerkannt wird, wenn es ein tatsächliches Publizitätsmittel gibt. Denn eine solche Anerkennung läuft dem Zweck des *numerus clausus* (Verkehrsschutz) nicht zuwider.<sup>20</sup>

##### 5. Ausnahme 2 – Eigentumssicherheiten

###### a) Verwendung der Vormerkung zum Zweck der Kreditsicherung

Früher war es in der Praxis verbreitet, dass für den Fall der Nichterfüllung einer Geldschuld im Voraus die Leistung einer Immobilie an Erfüllung statt vereinbart wurde und der aus dieser Vereinbarung entstehende schuldrechtliche Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Immobilie durch eine Vormerkung gesichert wurde. Diese Konstruktion diente der Sicherung von Geldforderungen. Aufgrund der Vormerkung konnte der Berechtigte seine bevorzugte Rechtsstellung an der Immobilie auch gegenüber Dritten (z.B. einem Dritterwerber oder Pfändungsgläubiger der Immobilie) durchsetzen. Ein Problem sah man jedoch darin, dass – obwohl es sich dabei nach der Sache nur um eine Kreditsicherung handelte – der Berechtigte gegebenenfalls (vorbehaltlich der Möglichkeit des Wuchergeschäftsverbots bzw. der Sittenwidrigkeit) zum Behalten der gesamten Immobilie berechtigt war, auch wenn deren Wert den Betrag der „gesicherten“ Forderung überstieg (dies war sogar eines der Motive für die Verwendung dieser Konstruktion). Daneben gab es auch noch verschiedene andere Probleme, z. B. die Frage, wie der Berechtigte sein Recht durchsetzen kann oder bis wann der Schuldner den Gegenstand einlösen kann usw. Daher wurde in der Rechtsprechung ein neuartiges Sicherungsrecht entwickelt, was im Jahr 1978 zur Schaffung eines Sondergesetzes (Sicherungsvormerkungsgesetz, nachfolgend: SiVoG)<sup>21</sup> führte. Nach diesem

---

20 H. NAKAO, *Bukken hōtei shugi* [Numerus clausus-Prinzip], in: Hoshino (Hrsg.), *Minpō kōza* 2 [Handbuch Zivilrecht Bd. 2] (Tōkyō 1984) 1 ff., gibt einen Überblick über die Rechtsprechung betreffend die hier angesprochenen, gewohnheitsrechtlichen dinglichen Rechte.

21 *Kari-tōki tanpo keiyaku ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 78/1978.

Gesetz wird eine Vormerkung zum Zweck der Kreditsicherung als Sicherungsvormerkung bezeichnet und unterliegt den Vorschriften des SiVoG. Z.B. ist nach Art. 3 Abs. 1 SiVoG der Berechtigte der Sicherungsvormerkung zum Ausgleich eines Überschusses bei der Verwertung des Sicherungsgegenstandes (Immobilien) verpflichtet. Die Zahlung des Ausgleichsbetrags und die Eintragung und Übergabe des Sicherungsgegenstandes muss dabei Zug um Zug erfolgen (Art. 3 Abs. 2 SiVoG). Diese Regelungen sind unabdingbar (Art. 3 Abs. 3 SiVoG). Aufgrund der sehr detaillierten und strengen Regelungen der Verwertung des Sicherungsgegenstandes wird die Sicherungsvormerkung heute jedoch kaum mehr verwendet.

Im Zusammenhang mit dem *numerus clausus* ist es zwar richtig, dass die Vormerkung den Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten relativiert. Aber dies bedeutet an sich keinen Verzicht auf dieses Prinzip, wie auch Herr Prof. Heinze in seinem Vortrag ausführt. Da es außerdem inzwischen das Sicherungsvormerkungsgesetz gibt, kommt der *numerus clausus* hier nicht mehr in Frage, obwohl nicht unumstritten ist, ob das Sicherungsvormerkungsgesetz eine neue Art eines dinglichen Kreditsicherungsrechts geschaffen hat oder ob nicht nur dem mit einer Vormerkung verbundenen Kreditsicherungsvertrag gesetzlich eine gewisse Drittwirkung verliehen wird.

#### b) *Entwicklung der Sicherungsübertragung*<sup>22</sup>

Die Sicherungsübertragung hat sich außerhalb des Zivilgesetzes in der Rechtsprechung entwickelt. Sowohl Immobilien als auch Mobilien und Forderungen können Gegenstand dieses Rechtsinstruments sein. Bei beweglichen Sachen gab es einen berechtigten Grund für diese Entwicklung, nämlich dass v.a. Unternehmen auch ein besitzloses Sicherungsrecht brauchten (in diesem Rahmen hat sich auch die Sicherungsübereignung der Sachgesamtheit, wie beispielsweise die Raumsicherungsübereignung in Deutschland, entwickelt). Bei unbeweglichen Sachen hingegen versuchten Gläubi-

---

22 Der einfache Eigentumsvorbehalt wird im Übrigen häufig angewandt. Auch hier stellt sich die Frage, ob man das Recht eines Vorbehaltseigentümers wie eine Art von Sicherungsrecht behandeln und die dingliche Rechtsposition eines Vorbehaltskäufers anerkennen sollte. Dazu gibt es auch parallele Diskussionen wie über das Rechtsverhältnis der Sicherungsübertragung. Andere Formen des Eigentumsvorbehalts, z.B. der verlängerte oder der erweiterte Eigentumsvorbehalt, sind allerdings nicht so stark verbreitet. In Japan war deshalb der in Deutschland sehr bekannte Streit um den Vorrang von Globalabtretung und verlängertem Eigentumsvorbehalt auch nicht Gegenstand großer Diskussionen. In letzter Zeit wird eher darüber diskutiert, wie ein Eigentumsvorbehalt durch einen drittfinanzierenden Finanzdienstleister zu behandeln ist (Vgl. OGH, 4.6.2010, Minshū 64, 1107 und OGH, 7.12.2017, Minshū, 71, 1925).

ger, genauso wie bei der Sicherungsvormerkung, durch die Sicherungsübertragung auf den die gesicherte Forderung übersteigenden Wert der Immobilie zu gelangen.<sup>23</sup> Auch hier hat die Rechtsprechung eingegriffen. Sie behandelte den Sicherungseigentümer substanziell wie einen Sicherungsnehmer und legte eine Ausgleichspflicht des Gläubigers fest (dies trifft auch auf bewegliche Sachen zu). Inzwischen erkennt die Rechtsprechung auch die dingliche Rechtsposition des Sicherungsgebers an, insoweit als dieser einen Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch geltend machen<sup>24</sup> und den Rückfall des Eigentums durch die Erfüllung der gesicherten Forderung, wenn die gesicherte Forderung bei Fälligkeit zeitgemäß getilgt wurde, auch Dritten (Pfändungsgläubiger des Sicherungsnehmers) entgegensetzen kann.<sup>25</sup> Diese Rechtsstellung des Sicherungsgebers könnte man als etwas Ähnliches wie ein Anwartschaftsrecht nach dem deutschen Recht ansehen. Wenn das Recht des Sicherungsgebers das Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers auf diese Weise dinglich beschränkt, könnte eigentlich ein Verstoß gegen den *numerus clausus* vorliegen, da sowohl dem Sicherungsnehmer als auch dem Sicherungsgeber eine Art neues dingliches Recht (sozusagen zwei vom Eigentum abgespaltene Rechte) zukommt. Das größte Problem stellt dabei die Publizität dar. Denn insbesondere in Bezug auf das Recht des Sicherungsgebers ist die Publizität nicht unbedingt ausreichend und dies würde theoretisch zu Bedenken gegen die Anerkennung der Drittwirkung des Rechts des Sicherungsgebers führen. Für eine grundlegende Lösung ist das Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig. In Bezug auf die Sicherungsübertragung von unbeweglichen Sachen muss man die Verbesserung des Immobilienregisters erwägen und bei der Sicherungsübereignung und -abtretung die Erweiterung des bestehenden Registersystems berücksichtigen.<sup>26</sup>

Bislang wird auf diese Weise die konkrete Ausgestaltung der Sicherungsübertragung und -abtretung durch die Rechtsprechung vorgenommen. Dabei kann man zum einen eine gewisse Flexibilität und zum anderen eine gewisse Rigidität beobachten. Als Beispiel für Flexibilität ist die Verbindung zwi-

---

23 Bei Forderungen wird normalerweise die Sicherungsabtretung in Verbindung mit einer Einziehungsermächtigung, nicht das Pfandrecht an Forderungen, verwendet, um dem Schuldner (Sicherungsgeber) weiter den Geschäftsbetrieb durch die Einziehung der abgetretenen Forderungen zu ermöglichen. In der Regel handelt es sich dabei um die Globalabtretung, welche die Abtretung künftiger Forderungen enthält. Auch in Japan ist die Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen weitgehend anerkannt. Diese Auslegung wurde in der Schuldrechtreform von 2017 in der neuen Vorschrift des Art. 466-6 ZG zum Ausdruck gebracht.

24 OGH, 28.9.1982, Hanrei Jihō, 1062 (1983) 81.

25 OGH, 20.10.2006, Minshū, 60, 3098 (allerdings *obiter dictum*).

26 Das oben genannte Registersystem (Fn. 17) hat nur die Übereignung und Abtretung durch juristische Personen zum Anwendungsgegenstand (Art. 1 ÜbSoG).

schen der gesicherten Forderung und dem Sicherungseigentum („Akzessorität“) zu nennen. Bei den dinglichen Kreditsicherungsrechten im ZG ist es nicht zulässig, dass Gläubiger und Sicherungsnehmer auseinanderfallen. Aber nach der Rechtsprechung soll es bei der Sicherungsübertragung möglich sein zu vereinbaren, dass ein Dritter für einen anderen Gläubiger Sicherungseigentümer wird.<sup>27</sup> In Bezug auf die Rigidität kann man auf die oben angesprochene Ausgleichspflicht hinweisen. Nach der Rechtsprechung kann diese Pflicht privatautonom nicht ausgeschlossen werden.<sup>28</sup> Dabei geht es um den Schutz der unterlegenen Vertragspartei (des Schuldners). Dies ist v. a. im Fall des Verbraucherkredits wohl zutreffend. Es wäre aber auch denkbar, dass man eine Unterscheidung zwischen Verbraucherkrediten und Unternehmerkrediten trifft und bei Letzteren eine größere Gestaltungsfreiheit zulässt.

### III. ZUSAMMENFASSUNG

Obwohl der *numerus clausus* nach Art. 175 ZG als ein grundlegendes Prinzip im Sachenrecht gilt, ist es nicht vermeidbar, dass auch dieser Grundsatz im Zusammenhang mit traditionellen (nicht irrationalen) Gewohnheiten und im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklungen einer gewissen Flexibilität bedarf. Dementsprechend haben Rechtsprechung und Gesetzgebung einige Ausnahmen von diesem Prinzip entwickelt, und zwar auf eine Art und Weise, die substantiell möglichst vereinbar mit dem Sinn und Zweck des *numerus clausus* ist. Einige gesetzgeberische Weiterentwicklungen (z. B. in Bezug auf die Sicherungsübertragungen<sup>29</sup>) bleiben allerdings noch abzuwarten.

Obwohl es wie erläutert einige Ausnahmen gibt, besteht – soweit ersichtlich – wohl kein Bedarf, den *numerus clausus* vollständig abzuschaffen und der Privatautonomie im Sachenrecht umfassend zur Durchsetzung zu verhelfen. Der Grundsatz des *numerus clausus* hat immer noch eine gewisse Bedeutung und es gibt wohl zunächst auch keinen positiven Grund, darauf zu verzichten. Den meisten praktischen Bedürfnissen hat man nämlich bisher z. B. im Wege eines Richterrechts entsprechen können.

---

27 Siehe die Entscheidung des OGH, 5.11.1918, Minroku, 24, 2122. Es ist jedoch fragwürdig, ob diese Rechtsprechung heutzutage noch gilt. Die Möglichkeiten dafür, dass ein Dritter für andere Gläubiger entweder Sicherungseigentümer wird oder das Sicherungsrecht an einem Gegenstand bestellen lässt, wurden inzwischen durch die Treuhand nach dem Treuhandgesetz von 2006 (*Shintaku-hō*, Gesetz Nr. 108/2006) erweitert (sogenannter „*security trust*“, vgl. Art. 3 Nr. 1 Treuhandgesetz).

28 OGH, 25.3.1971 Minshū, 25, 208.

29 Dagegen wird darauf hingewiesen, dass es in Bezug auf dingliche Nutzungsrechte aus praktischer Sicht keinen Reformbedarf gibt (H. HIRANO, *Bukken hōtei shugi to tōji-sha ishi* [Numerus clausus Prinzip und Parteiwillen], *Hōgaku Kyōshitsu* 417 (2015) 18).



#### **IV. Privatautonomie im Kapitalmarktrecht**



## Widerrufs-/Rücktrittsrechte am Kapitalmarkt

### Sinnvolle Schutzinstrumente oder überflüssige Durchbrechung der Eigenverantwortung?

*Harald Baum* \*

- I. Beschränkungen von Vertragsfreiheit und Eigenverantwortung
- II. Der deutsche „Widerrufsjoker“ im Recht der Immobiliendarlehen
- III. Der „Rücktrittsjoker“ im österreichischen Prospektrecht
  - 1. Gesetzliche Verankerungen des Rücktritts- bzw. Widerrufsrechts
  - 2. Gründe für die Missbrauchsanfälligkeit des prospektrechtlichen Rücktrittsrechts
- IV. Kritik
  - 1. Gefahr der faktischen Etablierung eines allgemeinen Reuerechts
  - 2. Sozialisierung von Verlusten
  - 3. Wertungswiderspruch
- V. Rechtspolitische Folgerungen
  - 1. Das Rücktrittsrecht als Teil des Informationsmodells
  - 2. Ziel und Zweck des Rücktrittsrechts
  - 3. Rückbesinnung und Kurskorrektur
- VI. Möglichkeiten zur Eingrenzung des Rücktritts- bzw. Widerrufsrechts
  - 1. Lösungen außerhalb des Prospektrechts
  - 2. Keine Geltung für das prospektrechtliche Rücktritts-/Widerrufsrecht
  - 3. Anbindung des Widerrufs an die Veröffentlichung eines Nachtrags
  - 4. Rücktritt bei ursprünglicher Unrichtigkeit des Prospekts?
- VII. Resümee
- VIII. Anhang

#### I. BESCHRÄNKUNGEN VON VERTRAGSFREIHEIT UND EIGENVERANTWORTUNG

Im Rahmen des Forschungsprojektes zu „Privatautonomie und Eigenverantwortung als Rechtsgrundsätze im deutsch-japanischen Rechtsvergleich“ geht es um die mannigfachen Einschränkungen der Vertragsfreiheit und

---

\* Wissenschaftlicher Referent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Professor, Universität Hamburg; Research Associate, European Corporate Governance Institute, Brüssel. Die Ausführungen beruhen in Teilen auf dem Beitrag des Verfassers „Das prospektrechtliche Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht im Spannungsverhältnis zwischen Anlegerschutz und Reuerecht: gestörte Vertragsparität zu Lasten der Kreditinstitute“, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2018, 86–102.

eine damit korrespondierende Entlastung von der Eigenverantwortung, die seit längerem zu beobachten sind. Die Vertragsfreiheit gilt gemeinhin als der wichtigste Ausfluss der Privatautonomie<sup>1</sup> auf der Ebene des materiellen Rechts. Letztere und die mit ihr verbundene Eigenverantwortung der Marktteilnehmer für ihre Handlungen sind fundamentale Prinzipien einer freiheitlich verfassten Privatrechtsordnung.<sup>2</sup>

Eigenverantwortung bedeutet auf der Ebene des Vertragsrechts bekanntlich, dass der Handelnde an einen von ihm geschlossenen Vertrag im Prinzip gebunden ist und gegebenenfalls enttäuschte Erwartungen aufgrund der Vertragsbindung in Kauf nehmen muss. Lösungsmöglichkeiten bestanden traditionell nur in engen Grenzen. Heute werden Beschränkungen von Eigenverantwortung und Vertragsfreiheit unter anderem auch dann anerkannt, wenn es um den Ausgleich der Nachteile typisierter struktureller Ungleichgewichtslagen zu Lasten bestimmter Gruppen von Vertragsparteien, insbesondere Verbrauchern, geht.<sup>3</sup> Eine solche Ungleichgewichtslage kann beispielsweise bei strukturellen Informationsasymmetrien gegeben sein. Ein klassisches Beispiel hierfür ist das Informationsdefizit eines Privatanlegers im Verhältnis zu seiner Bank, von der er ein komplexes Finanzinstrument erwirbt, das diese konzipiert hat.

Abhilfe sollen in solchen Fällen unter anderem gesetzliche Widerrufsrechte schaffen.<sup>4</sup> Diese waren ursprünglich als Instrumente des Verbraucherschutzes konzipiert, erfassen aber inzwischen zunehmend auch den Anlegerschutz.<sup>5</sup> Ihre Zahl wächst stetig.<sup>6</sup> Widerrufsrechte gewähren Ver-

- 
- 1 Siehe zum Begriff den Beitrag von K. RIESENHUBER „Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei“, in diesem Band S. 3; umfassend C. BUMKE/A. RÖTHEL (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff* (Tübingen 2017).
  - 2 Dazu grundlegend K. RIESENHUBER (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung. Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht* (Tübingen 2011); DERS. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts* (Tübingen 2007); ferner DERS. (Fn. 1), sowie rechtsvergleichend DERS./Y. NISHITANI (Hrsg.), *Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?* (Berlin 2007).
  - 3 Ausführliche Diskussion bei den in Fn. 1 und 2 genannten Quellen.
  - 4 Umfassender Überblick bei S. KALSS/B. LURGER, *Rücktrittsrechte* (Wien 2001).
  - 5 Im deutschen Recht wird (zumindest bislang) zwischen dem weiten Begriff des Verbraucherschutzes und dem engeren des Anlegerschutzes im Bereich des Kapitalmarktrechts unterschieden; dazu etwa K. RIESENHUBER, *Anleger und Verbraucher*, JZ 2014, 134; P. BUCK-HEEB, *Vom Kapitalanleger- zum Verbraucherschutz*, ZHR 176 (2012) 66.
  - 6 Jüngstes Beispiel eines kapitalmarktorientierten Widerrufsrechts dürfte das Widerrufsrecht im Kontext von internetbasierten Schwarmfinanzierungen (*crowdfinancing*) in § 2d Vermögensanlagengesetz (Gesetz über Vermögensanlagen (Vermögensanlagengesetz – VermAnlG) vom 6. Dezember 2011 (dt. BGBl. I S. 2481), zuletzt ge-

brauchern und Anlegern entgegen der ursprünglichen zivilrechtlichen Konzeption einer vertraglichen Bindung befristete Reuerechte, obwohl ein allgemeines Reuerecht, das einer enttäuschten Vertragspartei ohne weitere Voraussetzungen ein fakultatives Recht zur Rückabwicklung des Vertrages gewähren würde, dem deutschen wie im übrigen, soweit ersichtlich, auch dem japanischen Privatrecht fremd ist.<sup>7</sup> Widerrufsrechte sind einfach ausübbar, aber scharfe Schutz- und Sanktionsinstrumente, welche einschneidende Folgen für die Vertragspartner entfalten, vor allem wenn sie zeitversetzt zum ursprünglichen Geschäftsabschluss und massenhaft ausgeübt werden. Im Gegensatz zu einem Rücktritt, der im Wege der Naturalrestitution im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs ebenfalls zu einer Rückabwicklung des Geschäftes führen kann, oder auch der Anfechtung, die beide an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden sind, ist der Widerruf demgegenüber konzeptionell voraussetzungsarm.<sup>8</sup> Auch unter der Annahme, dass dieses scharfe Sanktionsinstrument prinzipiell eine effiziente Möglichkeit ist, die Rechte von Verbrauchern und Anlegern in bestimmten Situationen sicherzustellen,<sup>9</sup> ist eine angemessene Ausgestaltung von dessen Anwendungsvoraussetzungen aber offensichtlich äußerst schwierig und es besteht eine erhebliche Gefahr, Fehlanreize für ein opportunistisches Verhalten auf Seiten der Verbraucher und Anleger zu setzen. Die Problematik der zunehmenden Zahl von unterschiedlich ausgestalteten Widerrufsrechten liegt in ihrer großen Missbrauchsanfälligkeit. Diese rührt nicht zuletzt daher, dass die Gerichte deren Anwendungsbereich vor allem hinsichtlich ihrer zeitlichen Ausübbarkeit fortlaufend ausweiten, was zu sogenannten „ewigen Widerrufsrechten“ geführt hat.

Im Folgenden wird diese Problematik zunächst anhand von zwei Beispielen veranschaulicht: erstens dem Widerrufsrecht des Kreditnehmers bei langfristigen Immobiliendarlehen, das bis vor kurzem die deutsche Rechtsprechung intensiv beschäftigt hat (hiernach II.), und zweitens und schwerpunktmäßig anhand des prospektrechtlichen Widerrufsrechts, mit dem sich derzeit die Gerichte in Österreich verstärkt befassen (unten III.). Es schließt sich eine generelle Kritik an (IV.), mit der rechtspolitische Folgerungen (V.) und Über-

---

ändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (dt. BGBl. I S. 1102)) sein; dazu C. DANWERTH, *Widerrufsjoker 2.02?* – Das Last-minute-Widerrufsrecht des § 2d VermAnlG beim Crowdfunding, WM 2016, 1212; D. SCHNEIDER, *Das Widerrufsrecht beim Crowdfunding – § 2d VermAnlG auf dem Prüfstand*, WM 2018, 2061.

7 So für das deutsche Recht H. BAUM, „Reuerecht“ und Emittentenrisiko – Grenzen der Aufklärungspflicht aus prospektrechtlicher und beratungsvertraglicher Sicht, GesRZ 2015, 11 f.; dazu unten IV.1.

8 Dazu unten VI.4.

9 Abwägende Analyse bei H. EIDENMÜLLER, *Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten*, AcP 210 (2010) 67.

legungen zur Eingrenzung des Rücktritts- bzw. Widerrufsrechts verbunden werden (VI.), bevor ein kurzes Resümee den Beitrag abschließt (VII.).

## II. DER DEUTSCHE „WIDERRUFSJOKER“ IM RECHT DER IMMOBILIENDARLEHEN

Wer ein Haus baut, nimmt dafür meist einen langlaufenden Kredit mit festen Zinsen auf. Ändert sich das Zinsumfeld im Zeitablauf, werden Immobiliendarlehen mit einer langfristigen hohen Zinsbindung zu einem Ärgernis. Entsprechend versuchen die betroffenen Kreditnehmer, sich in Zeiten historisch niedriger Zinsen wie derzeit von ihren alten Verträgen zu lösen. Eine attraktive Umschuldung ohne Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung wegen vorzeitiger Vertragsauflösung gelingt, wenn dem Kreditnehmer unabhängig vom Zeitablauf ein Recht zum Widerruf des Kreditvertrages zusteht, wenn er, wie es anschaulich heißt, über einen „Widerrufsjoker“ verfügt.<sup>10</sup> Der einschlägige Widerrufsjoker im Bereich der Immobilienfinanzierung ist ein Formulierungsfehler in der gesetzlich vorgeschriebenen Widerrufsbelehrung des Kreditvertrages. Bei Aufspüren eines solchen Fehlers kann man sich professionell helfen lassen.<sup>11</sup> Ein solcher Fehler berechnete – bis vor kurzem zeitlich unbefristet<sup>12</sup> – zum jederzeitigen kostenfreien Widerruf des Altvertrages.

Die Flucht aus alten Kreditverträgen hat die Kreditinstitute in Deutschland mit Widerrufen von Kreditnehmern überschwemmt (potentiell betroffen sind Millionen von Darlehensverträgen) und zu einer Flut von Klagen vor deutschen Gerichten geführt. Der deutsche Gesetzgeber hatte ursprünglich gehofft, das Problem durch die Einführung einer Musterbelehrung, die „eine leichte und sichere Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht“ ermöglichen sollte,<sup>13</sup> zu kompensieren, was jedoch komplett

10 Der Begriff hat sich in Deutschland seit längerem als „*terminus technicus*“ etabliert und erfährt gerade erneut Beachtung im Rahmen des sog. „Diesel-Abgasskandals“, vgl. H. EDELMANN, Widerrufsjoker bei Diesel-Abgasskandal; Widerruf von PKW-Finanzierungskrediten (Anm.), WuB 2018, 429.

11 Professionelle Hilfe für die Suchaktion wird zuhauf über das Internet angeboten – das Stichwort „Widerruf von Darlehensverträgen“ fördert ein vielfältiges und, wenig überraschend, meist entgeltliches Angebot zutage.

12 Nach wie vor unbefristet bei *allgemeinen* Verbraucherdarlehensverträgen; Überblick über die kaum noch überschaubare Fülle von dazu ergangenen Entscheidungen bei C. GRÜNEBERG, Leitlinien der Rechtsprechung des BGH zur Widerrufsbelehrung bei Verbraucherdarlehensverträgen, BKR 2019, 1.

13 Musterbelehrung des BMJ in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1, 3 der BGB-Informationspflichten-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. August 2002 (dt. BGBl. I S. 3002), aufgehoben durch Art. 7 Satz 2 Gesetz v. 17.7.2017 (dt. BGBl. I 2394) mit Wirkung vom 1.7.2018.

missglückte.<sup>14</sup> Die Gerichte haben vielmehr vor dem Hintergrund unklarer gesetzlicher Vorgaben für die Abfassung eines fehlerfreien Widerrufs durchgängig formalistisch zu Lasten der Kreditgeber entschieden.<sup>15</sup> Wie zu Recht kritisch angemerkt wurde, hat diese Entwicklung „das Widerrufsrecht in ein Reurecht pervertiert, das mit dem berechtigten Anliegen des Verbraucherschutzes nichts mehr zu tun hat“.<sup>16</sup> Bei den Widerrufen der Kreditverträge handelt es sich um ein Massenphänomen, welches das Geschäftsmodell der deutschen Banken und Sparkassen im Bereich der Immobilienfinanzierung in Frage zu stellen droht(e).

Nach mehreren vergeblichen Versuchen des deutschen Gesetzgebers, das Problem in den Griff zu bekommen, und korrigierend gegen die höchstgerichtliche Rechtsprechung einzugreifen, die sämtlich „grandios gescheitert“ waren,<sup>17</sup> gilt seit 2016 jedenfalls für Widerrufsrechte im Zusammenhang mit Immobiliendarlehensverträgen, die nach 2010 geschlossen worden sind, nunmehr eine absolute Erlöschenregel von 12 Monaten und 14 Tagen nach Abschluss des Kreditvertrages, auch wenn keine oder lediglich eine fehlerhafte Widerrufsinformation erteilt wurde (§ 356b Abs. 2 Satz 4 BGB<sup>18</sup>).<sup>19</sup> Damit hat die unselige Praxis, Kreditinstitute de facto nicht für eigenes Fehlverhalten sondern für ein gesetzgeberisches Versagen in Form nicht einhaltbarer formaler legislatorischer Vorgaben für Widerrufsbelehrungen zu sanktionieren,<sup>20</sup> jedenfalls partiell ein verdientes, wenn auch spätes Ende gefunden.

---

14 H. LECHNER, Zur Beibehaltung des ewigen Widerrufsrechts für Finanzdienstleistungen, WM 2015, 2165, 2167.

15 Zum Ganzen neben LECHNER (Fn. 14) 2165, ferner kritisch F.X. WALLMER, Der Widerruf von Verbraucherkrediten, BKR 2016, 177; P.D. PROTZEN, Keine Ausschlussfristen für das „ewige“ Widerrufsrecht, NJW 2016, 3479; R. SCHOLZ/D. SCHMIDT/C. DITTÉ, Die Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung des ewigen Widerrufs, ZIP 2015, 605.

16 WALLMER (Fn. 15) 184.

17 LECHNER (Fn. 14) 2167; der deutsche Gesetzgeber sah sich allerdings mit schwierigen europarechtlichen Vorgaben konfrontiert, u.a. der „Heininger-Entscheidung des EuGH von 2001, Einzelheiten ebenda.

18 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (dt. BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 31. Januar 2019 (dt. BGBl. I S. 54).

19 Insoweit bestehen, anders als bei allgemeinen Verbraucherkreditverträgen, keine europarechtlichen Einschränkungen; Einzelheiten bei P. BÜLOW/M. ARZT, Verbraucherkreditrecht (9. Aufl., 2016) § 495 Rz. 78, 164; zum Ganzen B. KRESSE, Abschaffung „ewiger Widerrufsrechte“ für alte Immobiliendarlehensverträge: eine europa- und verfassungsrechtliche Bewertung, WM 2017, 1485.

20 So zutreffend SCHOLZ/SCHMIDT/DITTÉ (Fn. 15) 608.

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist ausdrückliches Ziel der Neuregelung, das Entstehen „ewiger Widerrufsrechte“ zu unterbinden, um damit eine weitere Erosion des Geschäftsmodells der Kreditinstitute in Form einer langfristigen Kreditvergabe im Bereich der Immobilienfinanzierung zu verhindern, was den Interessen der nach Wohnungseigentum strebenden Verbraucher als Kreditnehmer diametral zuwiderlaufen würde.<sup>21</sup>

Noch deutlicher zeigt sich die Missbrauchsanfälligkeit und darüber hinaus die rechtspolitische Fragwürdigkeit des Widerrufsrechts als eines Instrumentes zum Ausgleich von Informationsdefiziten am prospektrechtlichen Widerrufsrecht des Kapitalmarktes. Hierzu erweitern wir die Perspektive und nehmen neben dem deutschen vor allem das einschlägige österreichische Recht in den Blick. Denn die dortigen Gerichte beschäftigen sich seit einiger Zeit intensiv mit dem prospektrechtlichen Widerrufsrecht bzw. Rücktrittsrecht.<sup>22</sup> Der prospektrechtliche „Rücktrittsjoker“ steht im Zentrum der österreichischen Diskussion zu Widerrufsrechten.<sup>23</sup>

### III. DER „RÜCKTRITTSJOKER“ IM ÖSTERREICHISCHEN PROSPEKTRECHT

#### 1. Gesetzliche Verankerungen des Rücktritts. bzw. Widerrufsrechts

Österreichische Verbraucher-Anleger, die Wertpapiere von einem Kreditinstitut, typischerweise ihrer regionalen Hausbank, erworben und sich dabei verspekuliert haben, etwa weil der Emittent der Papiere insolvent und diese damit wertlos wurden, haben gleichwohl die Chance, ihren Einsatz von der Bank zurück zu bekommen. Sie müssen dafür nur den „Rücktrittsjoker“ in Form des potentiell „ewigen“ prospektrechtlichen Rücktrittsrechts nach § 5 und/oder § 6 des österreichischen Kapitalmarktgesetzes (KMG)<sup>24</sup> ziehen können.<sup>25</sup> Dafür müssen sie lediglich nachweisen, dass ein prospektpflichtiges Angebot von Wertpapieren (oder Veranlagungen) ohne vorherige Veröffentlichung eines Prospektes geschehen ist oder dieser *später*, d.h. nach seiner prospektrechtlichen Billigung, durch geänderte Umstände un-

21 BT-Drs. 18/5922, 74.

22 Während das deutsche Prospektrecht den Begriff „Widerrufsrecht“ verwendet, spricht das österreichische von einem „Rücktrittsrecht“ der Anleger; im Folgenden werden die beiden Begriffe synonym verwendet.

23 S. KALSS, Rücktrittsrecht – immer und gegen jeden?, GesRZ 2017, 1.

24 Bundesgesetz über das öffentliche Anbieten von Wertpapieren und anderen Kapitalveranlagungen und über die Aufhebung des Wertpapier-Emissionsgesetzes (öst. BGBl. Nr. 625/1991), zuletzt geändert durch öst. BGBl. I Nr. 150/2015.

25 § 5 KMG sieht ein spezielles Rücktrittsrecht für Verbraucher-Anleger und § 6 ein allgemeines Rücktrittsrecht vor; auszugsweiser Abdruck im Anhang, unten VIII; umfassende Analyse bei S. KALSS, Das Rücktrittsrecht nach dem Kapitalmarktgesetz, in: FS Fenyves, 167 (Wien 2013).

richtig oder unvollständig geworden ist und die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit nicht durch einen Nachtrag gemäß § 6 KMG (unter Hinweis auf das Rücktrittsrecht) berichtigt worden ist. Nach der jüngsten österreichischen höchstrichterlichen Rechtsprechung soll die scharfe Sanktion des Rücktritts darüber hinaus auch schon dann greifen, wenn der Prospekt ursprünglich fehlerhaft war.<sup>26</sup>

Der prospektrechtliche „Widerrufsjoker“ des § 16 des deutschen Wertpapierprospektgesetzes (WpPG)<sup>27</sup>, der das korrespondierende Gegenstück zu § 6 KMG bildet<sup>28</sup> – beide Normen setzen die prospektrechtliche Nachtragspflicht und das Widerrufsrecht des Art. 16 der Prospekttrichlinie<sup>29</sup> um –, ist in Deutschland indes noch nicht entdeckt worden. Ein Grund für die fehlende praktische Relevanz des Widerrufsrechts lag in der Vergangenheit darin, dass dieses bis zur Novellierung des § 16 WpPG im Zuge der Umsetzung der Änderungsrichtlinie von 2010<sup>30</sup> im Jahr 2012 mit der Erfüllung des Geschäftes erlosch. Durch die zeitliche Erweiterung des Anwen-

---

26 Dazu unten VI.4.

27 Gesetz über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist, vom 22. Juni 2005 (dt. BGBl. I 1698), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10. Juli 2018 (dt. BGBl. I 1102); auszugsweiser Abdruck der Vorschrift im Anhang, unten VIII.

28 Eine dem § 5 KMG entsprechende Norm fehlt in Deutschland; dazu wie zur anstehenden Reform des europäischen Prospektrechtsregimes H. BAUM, Das prospektrechtliche Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht im Spannungsverhältnis zwischen Anlegerschutz und Reuerecht: gestörte Vertragsparität zu Lasten der Kreditinstitute“, Österreichisches Bankarchiv (ÖBA) 2018, 86, 94, 96 f.; S. SCHULZ, Aktienemissionen nach der Europäischen Prospektverordnung, WM 2018, 212.

29 Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG, ABl. Nr. L 345/64 vom 31.12.2003, i.d.F. der Richtlinie 2010/73/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABl. Nr. L 327/1 vom 11.12.2010.

30 Richtlinie 2010/73/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. November 2010 zur Änderung der Richtlinie 2003/71/EG betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABl. Nr. L 327/1 vom 11.12.2010.

dungsbereiches des Widerrufsrechts ist jedoch damit zu rechnen, dass dieses künftig an Bedeutung gewinnen wird.<sup>31</sup> Damit steigt, wie in Österreich zu beobachten, zugleich die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung dieses kapitalmarktrechtlichen Schutzinstrumentes auch für Deutschland.

## 2. *Gründe für die Missbrauchsanfälligkeit des prospektrechtlichen Rücktrittsrechts*

Rücktritts- und Widerrufsrechte entfalten eine beachtliche und oftmals schwer steuerbare Dynamik. Ihre Missbrauchsanfälligkeit und ihre insoweit ordnungspolitische Fragwürdigkeit beruht auf dem Zusammenspiel einer Reihe von Faktoren. Das Problem ist durch die österreichische Rechtsprechung verschärft worden, die in einem anlegerfreundlichen Ansatz die Anwendungsvoraussetzungen des dortigen kapitalmarktrechtlichen Rücktrittsrechts herabgesetzt und zugleich dessen Anwendungsbereich ausgeweitet hat.<sup>32</sup> Damit wurde dessen Attraktivität als „Rücktrittsjoker“ in ähnlicher Weise gesteigert, wie dies in Deutschland durch die dortige Rechtsprechung für den darlehensrechtlichen „Widerrufsjoker“ geschehen ist. Folgende Faktoren kommen beim prospektrechtlichen Rücktrittsrecht zum Tragen.

Die legislatorisch gewollte Kombination von einfacher Ausübbarkeit und scharfer Sanktion verleiht dem Rücktrittsrecht per se bereits ein latentes Gefahrenpotential. Nach den Erfahrungen aus der Praxis resultiert das Risiko weniger aus einem vorsätzlichen Absehen von einer Prospekterstellung als vielmehr der irrtümlichen Annahme des Vorliegens einer der zahlreichen Ausnahmen von der Prospektpflicht.<sup>33</sup> Auch die Nichtveröffentlichung eines berichtigenden Prospektnachtrages wird im Zweifel nicht absichtlich unterlassen worden sein, sondern resultiert angesichts des weiten Beurteilungsspielraumes vielmehr aus der Verkennung, dass nachtragspflichtige neue Umstände i.S.v. § 6 Abs. 1 KMG vorliegen.<sup>34</sup>

Das Gefahrenpotential für den Rücktrittsgegner verdichtet sich, soweit die Möglichkeit bejaht wird, das Recht faktisch zeitlich unbefristet („ewig“) ausüben zu können, im Zusammenspiel mit der Verpflichtung, im Rahmen des Rückabwicklungsverhältnisses die jeweiligen Leistungen ungeachtet eventueller zwischenzeitlicher Wertveränderungen zurückgeben zu müssen. Ist der Emittent selbst Rücktrittsgegner, kann die fehlende Befristung des

---

31 A. LAWALL/P. MAIER, Änderungen im Wertpapierprospektgesetz (Teil 2), DB 2012, 2503, 2505.

32 So die Kritik bei KALSS (Fn. 23) 1; ähnlich M. OPPITZ, Kapitalmarktaufsicht (Wien 2017) 441 ff.

33 C. ZIB, Nachträgliche Prospektveröffentlichung und Rücktrittsrecht nach § 5 KMG, ÖBA 2014, 506.

34 OPPITZ (Fn. 32) 445.

Rücktrittsrechts beispielsweise dazu führen, dass nach einer erfolgreichen Restrukturierung plötzlich Altlasten im Wege des Rücktritts gegenüber dem Emittenten geltend gemacht werden, welche den Sanierungserfolg gefährden. Ist die Hausbank des Anlegers, welche die inkriminierten Finanzprodukte vertrieben hat, der Rücktrittsgegner, bedeutet dies, dass sie als Veräußerer der Wertpapiere im schlimmsten Fall auch noch Jahre nach deren Verkauf, für den Prospektfehler und den unterbliebenen Nachtrag in vollem Umfang einzustehen hat. Ein Haftungsrisiko, das in seiner Höhe und Dauer unkalkulierbar ist, lässt sich jedoch mit einem soliden Geschäftsmodell, wie es von den Banken verlangt wird, schwerlich in Einklang bringen.

Die Tatsache, dass der Erwerber lediglich die in der Vergangenheit erworbenen Wertpapiere zurückzugeben hat und dafür, möglicherweise erst Jahre später, von dem Veräußerer den ursprünglichen Kaufpreis in voller Höhe und unabhängig von dem aktuellem Marktwert der Papiere zurück erhält, setzt erhebliche Fehlanreize für ein spekulatives und opportunistisches Verhalten auf Seiten der Anleger.<sup>35</sup> Diesen verbleibt in jedem Fall die Gewinnchance, die nicht in Abzug gebracht wird.<sup>36</sup> Es erfolgt eine Überwälzung des Spekulationsrisikos auf denjenigen, der Adressat des Rücktrittsrechts ist.

Toxisch wird das Gemisch, wenn man, wie jüngst der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) auch für das Rücktrittsrecht nach § 5 KMG, die Sanktion eines Rücktritts bereits bei einer ursprünglichen Fehlerhaftigkeit des Prospektes greifen lässt.<sup>37</sup> Auf diese Weise tritt das Rücktrittsrecht auf dem Weg über die Nachtragspflicht in unmittelbare Konkurrenz zu der Prospekthaftung und dem prospektrechtlichen Schadensersatz, der im Wege der Naturalrestitution ebenfalls einen Anspruch auf Rückabwicklung gewährt. Dessen strengere Voraussetzungen, die einem ausdifferenzierten Interessenausgleich dienen, müssen bei der Geltendmachung des Rücktrittsrechts indes *nicht* erfüllt werden.<sup>38</sup>

Die Grenze zur Willkür scheint schließlich erreicht, wenn eine Person wie etwa eine regionale Bank oder Sparkasse als Letztveräußerer der Wertpapiere für die Rückabwicklung einzustehen hat, die weder Prospektverantwortung trägt, noch zur Stellung eines berichtigen Nachtrags nach § 6 KMG berechtigt war und damit überhaupt nicht in der Lage war, das Risiko zu steuern.<sup>39</sup>

---

35 S. KALSS, *Anlegerinteressen. Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt* (Wien 2001) 198 ff.

36 Dazu unten IV.3.

37 OGH 18.10.2016, 3 Ob 97/16k, ÖBA 2017, 261 = ZFR 2017, 20 = RdW 2017, 309; genau anders noch nur fünf Jahre zuvor OGH 07.06.2011, 5 Ob 56/11p, ZFR 2012, 33 = RdW 2012, 26.

38 Dazu unten V.2. u. VI.4.

39 KALSS (Fn. 23) 1.

## IV. KRITIK

Nach einer aktuellen kritischen Analyse hat die Rechtsprechung in Österreich das Rücktrittsrecht inzwischen zu einer „Garantieversicherung gegen allgemeine Marktrisiken und schlechte Investments“ ausgeweitet.<sup>40</sup> Diese Beobachtung korrespondiert mit der eingangs zitierten Kritik an der äußerst verbraucherfreundlichen Rechtsprechung deutscher Gerichte im Kontext des Widerrufs von Darlehensverträgen. Die so geschaffene Rechtslage lädt hier wie dort zu einem opportunistischen Verhalten geradezu ein. Dies hat Folgen.

*1. Gefahr der faktischen Etablierung eines allgemeinen Reurechts*

Ins Allgemeine gewendet, verweisen die für Deutschland und Österreich genannten Beispiele des Gebrauchs von Widerrufsrechten aufgrund veränderter wirtschaftlicher Umstände auf ein zentrales Problem, nämlich auf das eingangs erwähnte Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung eines notwendigen und angemessenen Verbraucher- und Anlegerschutzes einerseits und der Gefahr, *contra legem* ein unerwünschtes Reurecht zu schaffen, andererseits. Im ständigen Streben, einen Schuldigen am Scheitern der Investitionsentscheidung festzumachen, sind Anlegerprozesse oftmals von dem Versuch gekennzeichnet, die eigene unattraktiv gewordene wirtschaftliche Situation zu Lasten zwar beteiligter, aber nicht verantwortlicher Dritter aufzulösen.<sup>41</sup> Kläger, die es finanziell nicht hinnehmen wollen, dass ihre individuellen Investitionsentscheidungen fehlgeschlagen sind, versuchen ihre Verluste zu kompensieren, indem sie Rücktrittsrechte und/oder Schadensersatzansprüche gegenüber Prospektverantwortlichen, Vermittlern oder Beratern geltend machen.

Derartige Klagen auf Rückgängigmachung einer aus der *ex post* Perspektive verfehlten Anlageentscheidung führen faktisch zur Verwirklichung eines allgemeinen Reurechts. Ein solches ist indes gesetzlich nicht vorgesehen. Weder das deutsche noch das österreichische Recht kennen einen legislativ verankerten Anspruch, im Falle einer fehlgeschlagenen individuellen Investitionsentscheidung, die einen reut, vom Kaufvertrag zurücktreten zu können.<sup>42</sup> Vielmehr gilt aus guten Gründen das gegenteilige Prinzip, dass das individuelle Investitionsrisiko bei dem Anleger verbleibt, wenn er alle relevanten Informationen in geeigneter Form erhalten hat.

---

40 *Ibid.*

41 U. HERRMANN, Die Kapitalanlage – ein Dauerbrenner bei Gericht, WM 2017, 1137; S. KALSS, Das Scheitern des Informationsmodells gegenüber privaten Anlegern, Gutachten für den 19. Österreichischen Juristentag, Bd. II/1 (2015) 3, 52 f.; T. ZIVNY, Kapitalmarktgesetz (2. Aufl., Wien 2016) § 5 Rz. 6.

42 BAUM (Fn. 7) 11 f.; KALSS (Fn. 41) 52.

Denn nur so kann dem zentralen wirtschaftlichen Grundsatz eines *pacta sunt servanda* angemessen Rechnung getragen werden.

Eine gehäufte Erhebung derartiger Klagen auf Rückgängigmachung der Investitionsentscheidung läuft im Ergebnis auf einen institutionellen Rechtsmissbrauch hinaus. Dieser entzieht den betroffenen Finanzinstituten aufgrund seiner breitflächigen Verwendung und seinen einschneidenden Folgen die wirtschaftliche Grundlage ihres Geschäftsmodells. Die rechtliche Auseinandersetzung mit diesem Phänomen hat entsprechend nicht auf den Einzelfall abzustellen, der für die Bank unschwer zu bewältigen ist, sondern auf das Rechtsinstitut Widerruf als solches, wobei die unangemessene Rechtspraxis mit ihren Auswirkungen *insgesamt* in den Blick zu nehmen ist.<sup>43</sup> Diesbezüglich ist dringlich ein Perspektivenwechsel in der rechtspolitischen Diskussion wie in der Interessenabwägung durch die Gerichte erforderlich.

## 2. *Sozialisierung von Verlusten*

Aus ökonomischer Perspektive laufen die Versuche, eine fehlgeschlagene individuelle Investitionsentscheidung durch eine wirtschaftliche (Weiter) Verlagerung des eingetretenen Verlustes auf die involvierten Finanzinstitute rückgängig machen zu wollen, auf eine unerwünschte Sozialisierung der Schäden hinaus. Diese müssen von Dritten, nämlich einerseits den Eignern der Finanzinstitute in Form verminderter Dividenden und andererseits von deren anderen Kunden durch höhere Gebühren und schlechtere Zinskonditionen aufgefangen werden. Ein solches Ergebnis ist ordnungspolitisch hochgradig problematisch. Entsprechend ist in Deutschland schon früh an prominenter Stelle gemahnt worden, der Gefahr, „vermeintliche Falschangaben als ‚Reuerecht‘ zu nutzen und das typische Anlegerrisiko auf Emittent und Emissionsbegleiter abzuwälzen, mit ... Entschlossenheit entgegenzutreten“.<sup>44</sup> Gleiches gilt inzwischen bezüglich des kapitalmarktrechtlichen Rücktrittsrechts auch für Österreich, wo jüngst darauf gedrängt wurde, derartige unerwünschte Nebenwirkungen entschieden zurückzudrängen, gegebenenfalls mit Hilfe des Gesetzgebers.<sup>45</sup> Es sei weder für den im einzelnen betroffenen Informationspflichtigen noch für den Kapitalmarkt insgesamt sachgerecht, wenn „Informationspflichten zu bloß nachträglich aufgreifbaren Anknüpfungspunkten einseitig ausübbarer, geradezu schikanös

---

43 So zutreffend SCHOLZ/SCHMIDT/DITTÉ (Fn. 15) 612 f., bezüglich der Massenkündigungen von Kreditverträgen.

44 So für das Prospektrecht mit Nachdruck H. FLEISCHER, Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Kapitalmarktrechtliches Teilgutachten, Gutachten F für den 64. Deutschen Juristentag, F 5, F 58 (2002).

45 KALSS (Fn. 41) 49.

einsetzbarer Grundlagen für die individuelle Durchsetzung von Ansprüchen“ würden.<sup>46</sup>

### 3. Wertungswiderspruch

Die faktische Etablierung eines allgemeinen Reuerechts ist auch unter dem Gesichtspunkt eines gravierenden Wertungswiderspruchs kritisch zu sehen. So ist eine „mehr oder weniger automatische Entlastung vom Anlagerisiko“ zugunsten des Anlegers nicht zuletzt deswegen strikt abzulehnen, weil sie unter Verletzung des schadensersatzrechtlichen Grundsatzes eines Bereicherungsverbotens erfolgen würde.<sup>47</sup> Denn der Vorteil der Gewinnchance des Anlegers wird nicht zu seinen Lasten anspruchsmindernd angerechnet, sondern verbleibt ihm. Die Gewinnchance ist jedoch das zentrale Element jeglichen Finanzinvestments. Die Folge wäre eine nicht gerechtfertigte Privilegierung einer bestimmten Gruppe von Geschädigten. Diese Überlegung gilt aber nicht nur für eine Rückabwicklung im Rahmen des prospektrechtlichen Schadensersatzes nach § 11 KMG bzw. §§ 21 ff. WpPG (Naturalrestitution), sondern ebenso für die Rückabwicklung infolge des Rücktritts nach §§ 5 und 6 KMG bzw. § 16 WpPG. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung zwischen diesen beiden Formen der Rückabwicklung ist jedenfalls bezüglich des Bereicherungsverbotens nicht zu erkennen.

## V. RECHTSPOLITISCHE FOLGERUNGEN

### 1. Das Rücktrittsrecht als Teil des Informationsmodells

Das informationsbezogen ansetzende Rücktritts- bzw. Widerrufsrecht ergänzt das breite zivilrechtliche Schutzinstrumentarium des Kapitalmarkts und steht als eigenständiges Rechtsinstitut neben der Prospekthaftung und dem zivilrechtlichen Anfechtungsrecht.<sup>48</sup> Es ist damit Teil des Informationsmodells, das bislang konzeptionelle Grundlage des modernen Anleger-schutzes bildet.<sup>49</sup> Auch wenn dieses zunehmend in die Kritik geraten ist,<sup>50</sup>

---

46 *Ibid.*

47 H. C. GRIGOLEIT, Anlegerschutz – Produktinformation und Produktverbote, ZHR 177 (2013) 264, 294.

48 KALSS (Fn. 25) 169.

49 Überblick über die Informationspflichten am deutschen Kapitalmarkt bei H. BAUM, Information Duties under German Capital Markets Law, in: Dernauer/Baum/Bälz (Hrsg.), Information Duties. Japanese and German Private Law (Köln 2018) 216.

50 Siehe dazu U. SCHMOLKE, Information and Disclosure Duties from a Law-and-Economics Perspective, in: Dernauer/Baum/Bälz (Fn. 49) 3, 19 ff.; P. BUCK-HEEB, Entwicklung und Perspektiven des Anlegerschutzes, JZ 2017, 279, 285 f.; KALSS (Fn. 41) 3; H.C. GRIGOLEIT, Grenzen des Informationsmodells, in: Habersack/

kann eine paternalistische Markregulierung in Form von flächendeckenden Produktinterventionen und Produktverboten nicht die prinzipielle Regelungsalternative sein, mögen derartige Markeingriffe auch im Einzelfall erforderlich und angemessen sein.<sup>51</sup> Es gilt mithin, das Informationsmodell weiter zu verfeinern und gegebenenfalls neu auszutarieren. Dabei ist angesichts der oft beklagten Informationsüberfrachtung der Anleger zu beachten, dass, wenn überhaupt, nur knappe und klar verständliche Informationen zur Kenntnis genommen werden. Angesichts der lediglich begrenzten Kenntnisnahme und Verarbeitung von Information durch die Mehrzahl der Anleger ist es kontraproduktiv einzelne Fehler bei der Informationsbereitstellung mit weitreichenden Sanktionen zu belegen.<sup>52</sup> Gefordert sind vielmehr Schutzinstrumente, die bei zurechenbaren Fehlern einen angemessen und zielgerichteten Interessenausgleich gewährleisten.<sup>53</sup> Nur so lässt sich eine sachgerechte Balance zwischen berechtigten Schutzinteressen der Anleger auf der einen und dem gleicherweise berechtigten Anliegen der Finanzindustrie, ihr Geschäft zu vertretbaren und kalkulierbaren Kosten auf der Grundlage ausreichender Rechtssicherheit betreiben zu können, sowie dem Interesse der Emittenten an einer effizienten Kapitalaufnahme auf der anderen Seite finden.

## 2. Ziel und Zweck des Rücktrittsrechts

Die zivilrechtlichen Schutzinstrumente des Kapitalmarktrechts dienen bekanntlich regelmäßig sowohl dem Individual- als auch dem Funktionsschutz, beide sind untrennbar miteinander verbunden.<sup>54</sup> Dies gilt für die Prospekthaftung ebenso wie für das Rücktrittsrecht.

Das prospektrechtliche Rücktrittsrecht dient nicht nur dem Schutz der individuellen Anleger, sondern mindestens ebenso zielt es darauf, sicher zu stellen, dass die kapitalmarktrechtlichen Informationsnormen eingehalten werden und damit die zu Lasten der Anleger als Gruppe strukturell vorge-

---

Mülbert/Nobbe/Wittig (Hrsg.), Anlegerschutz im Wertpapiergeschäft. Bankrechtstag 2012 (2013) 25; P. MÜLBERT, Anlegerschutz und Finanzmarktregulierung – Grundlagen, ZHR 177 (2013) 177; J. KOCH, Grenzen des informationsbasierten Anlegerschutzes, BKR 2012, 485.

51 Dazu jüngst P. BUCK-HEEB, Aufsichtsrechtliches Produktverbot und zivilrechtliche Rechtsfolgen – Der Anleger zwischen Mündigkeit und Schutzbedürftigkeit, BKR 2017, 89.

52 So überzeugend KALSS (Fn. 41) 49 m.w.N.

53 KALSS (Fn. 23) 1.

54 Siehe nur K. J. HOPT, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken (1975); KALSS (Fn. 35).

gebene Informationsasymmetrie ausgeglichen wird.<sup>55</sup> Es knüpft entsprechend nicht an Mängel bei der individuellen Willensbildung eines Anlegers an, sondern generalisierend an die Nichteinhaltung derartiger Normen.<sup>56</sup> Damit zielt das prospektrechtliche Rücktrittsrecht konzeptionell vordringlich sogar eher auf den *Schutz der Marktfunktionen*. Mit seiner scharfen Sanktion der Vertragsaufhebung setzt es Anreize zu einem rechtskonformen Verhalten der Prospektverantwortlichen und trägt damit Sorge, dass bei öffentlich angebotenen Wertpapieren ein Prospekt wie auch spätere entscheidungsrelevante Veränderungen auf Seiten des Emittenten im Wege eines Nachtrages veröffentlicht werden.<sup>57</sup>

Der individuelle Schutz des Anlegers erfolgt dabei eher reflexartig, indem es diesem über den Rücktritt ermöglicht wird, seine Investitionsentscheidung bei prospektrechtlichen Informationsdefiziten durch Lösung von dem Vertrag zu revidieren und die Leistungen rückabzuwickeln.<sup>58</sup> Der prospektrechtliche *Individualschutz* der Anleger wird demgegenüber vordringlich über das ausdifferenzierte Regime der Prospekthaftung geleistet. Diese ist nach der regulatorischen Konzeption der Prospektrichtlinie, die für die nationalen Gesetzgeber bindend ist, das zentrale Instrument des Anlegerschutzes. Während die detailliert geregelte Prospekthaftung seit jeher integraler Bestandteil des europäischen Prospektrechtsregimes gewesen ist, wurde das Widerrufsrecht erst spät gegen Ende des Normsetzungsverfahrens ergänzt.<sup>59</sup> Der prospekthaftungsrechtliche Schadensersatzanspruch gewährt im Wege der Naturalrestitution ebenfalls einen Anspruch auf Rückabwicklung des Wertpapiererwerbs. Dieser hängt aber von der individuellen Schutzwürdigkeit des geschädigten Anlegers ab und setzt zudem ein Verschulden der Prospektverantwortlichen voraus. Dieses regulatorische Leitbild des europäischen Normsetzers wird durch eine beinahe schrankenlose Anerkennung des voraussetzungsarmen Rücktrittsrechts durch die österreichische Rechtsprechung auf mitgliedstaatlicher Ebene unterlaufen.<sup>60</sup>

---

55 KALSS (Fn. 41) 50, 56; DIES. (Fn. 35) 186; auch der OGH betont die Bedeutung des § 5 KMG für die indirekte Sicherung der Informations- und Prospektspflicht des Anbieters, vgl. OGH 28.6.2012, 2 Ob 172/11z, RdW 2012, 658 (Ziff. 5).

56 KALSS (Fn. 25) 169.

57 S. KALSS/M. OPPITZ/J. ZOLLNER, Kapitalmarktrecht (2. Aufl., Wien 2015) § 11 Rz. 137.

58 KALSS/OPPITZ/ZOLLNER (Fn. 57) § 7 Rz. 30; a.A. C. ZIB, in: Zib/Russ/Lorenz (Hrsg.), Kapitalmarktgesetz (Wien 2008) § 5 Rz. 9: Normzweck des § 5 ist Verbraucherschutz, Druck zur Prospektveröffentlichung ist bloßer Reflex.

59 Dazu F. RÜFFLER, Zur Nachtragspflicht und dem Rücktrittsrecht gem §§ 5 und 6 KMG, ÖBA 2017, 236, 239, m.w.N. zu den verschiedenen Entwürfen der Prospektrichtlinie.

60 Dazu unten VI.4.

### 3. Rückbesinnung und Kurskorrektur

Rechtspolitisch ist angesichts des geschilderten Befundes eine Rückführung des „völlig entglittenen Rücktrittsrechts“ auf seinen eigentlichen Zweck geboten.<sup>61</sup> Für eine umfassende Kurskorrektur mag ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich sein, aber es bestehen bereits *de lege lata* verschiedene Möglichkeiten, die Anwendungsvoraussetzungen und den Anwendungsbereich des Rücktrittsrechts sachgerecht zu interpretieren, um so eine europarechtskonforme Nachjustierung des Rücktrittsrechts auf sein eigentliches Ziel zu erreichen.<sup>62</sup> Hierauf wird nachfolgend näher eingegangen.

Eine Rückbesinnung auf den eigentlichen Zweck des Rücktrittsrechts und eine Beschneidung des überschießenden Rechtsschutzes steht im übrigen in Einklang mit der grundlegenden Ausrichtung der aktuellen Reform des Europäischen Prospektrechts. Die neue Prospektverordnung vom 14. Juni 2017<sup>63</sup>, welche die Prospekttrichtlinie schrittweise ersetzen und unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten erlangen wird,<sup>64</sup> ist von einem emittentenfreundlichen Ansatz geprägt und zielt darauf, insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) den Zugang zu den Kapitalmärkten zu erleichtern.<sup>65</sup> Die Verbesserung des Anlegerschutzes ist kein zentrales Reformziel, die Anleger sollen von den geplanten Änderungen vielmehr nur reflexartig profitieren.<sup>66</sup> Die Komplexität der prospektrechtlichen Regulierung soll abgebaut und die Compliance-Kosten der Unternehmen verringert werden.<sup>67</sup> Die erwähnte Gefahr einer zeitversetzten Rückabwicklung von Emissionen durch Rücktritte und die damit einhergehende Rechtsunsicherheit, die für alle Emittenten einschließlich der KMU angesichts der unscharfen Voraussetzungen der Nachtragspflicht nach § 6 KMG bzw. § 16

---

61 KALSS (Fn. 23) 1.

62 Siehe dazu bereits die grundlegenden Reformempfehlungen bei KALSS (Fn. 41) 49 ff.

63 Verordnung (EU) 2017/1129 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl. Nr. L 168/12 vom 30.6.2017.

64 Der überwiegende Teil der Verordnung tritt am 21. Juli 2019 in Kraft; einzelne (hier nicht interessierende) Bestimmungen gelten bereits ab dem 20. Juli 2017 bzw. dem 21. Juli 2018; dazu D. POELZIG, Erleichterungen der Prospektspflicht zur Anpassung an die EU-Prospektverordnung, BKR 2018, 357.

65 Dazu eingehend C. KUMPAN, Die europäische Kapitalmarktunion und ihr Fokus auf kleinere und mittlere Unternehmen, ZGR 2016, 2, der von dem „Unternehmensschutz“ als drittem Ziel der europäischen Kapitalmarktregulierung spricht (13 ff.)

66 Überblick bei S. SCHULZ, Die Reform des Europäischen Prospektrechts, WM 2016, 1417; KUMPAN (FN. 65) 15 ff.

67 Erwägungsgrund (5).

WpPG eine Bedrohung darstellt,<sup>68</sup> dürfte dem Ziel der Kommission, deren Kapitalaufnahme durch Bereitstellung eines abgespeckten und verlässlichen regulatorischen Rahmens zu fördern, eindeutig zuwiderlaufen.

#### VI. MÖGLICHKEITEN ZUR EINGRENZUNG DES RÜCKTRITTS- BZW. WIDERRUFSRECHTS

Die problematische überschießende Dynamik des prospektrechtlichen Widerrufs-/Rücktrittsrechts ergibt sich aus dem bereits geschilderten Zusammenspiel verschiedener Faktoren. Das zentrale Problem ist die Kombination zweier Annahmen, nämlich erstens, dass es keine zeitliche Befristung für dessen Ausübbarkeit gebe und, zweitens, dass ungeachtet zwischenzeitlich erfolgter Wertveränderungen der Wertpapiere stets, ggfs. erst Jahre später, der volle Kaufpreis ohne einen Wertausgleich zurückzuerstatten sein soll. Es ist diese Kombination widerrufsrechtlicher Bausteine, die Fehlreize für ein spekulatives Verhalten setzt. Beide Annahmen sind indes nicht zwingend vorgegeben, sondern erscheinen bei genauer Betrachtung vielmehr höchst fragwürdig. Dafür ist es hilfreich, sich zunächst einen Überblick zu verschaffen, wie Widerrufs-/Rücktrittsrechte *außerhalb* des Prospektrechts mit dieser Problematik umgehen.

##### 1. Lösungen außerhalb des Prospektrechts

###### a) Absolute Erlöschensregeln

Für Ansprüche auf Rückabwicklung im Bereich des prospektrechtlichen Schadensersatzes gilt für Österreich eine Kenntnis unabhängige absolute Präklusionsfrist von zehn Jahren;<sup>69</sup> bei Kenntnis dürfte die dreijährige Verjährungsfrist des ABGB greifen.<sup>70</sup> Im deutschen Recht verjähren Ansprüche aus Prospekthaftung seit einer Reform im Jahr 2012 nach der Regelverjährung des BGB ebenfalls Kenntnis abhängig in drei Jahren und ohne Rücksicht auf Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren.<sup>71</sup> Demgegenüber kennen weder die §§ 5 und 6 KMG noch § 16 WpPG eine ausdrücklich Präklusions- bzw. Verjährungsfrist. Wenn man daraus ableitet, dass es für die Ausübbarkeit des Widerrufsrechts einzig darauf ankommt,

68 OPPITZ (Fn. 32) 445.

69 § 11 Abs. 7 KMG; kritisch zur Länge der Frist ZIVNY (Fn. 41) § 11 Rz. 166; KALSS (Fn. 41) 61 ff.

70 § 1489 ABGB; so ausdrücklich M. SPITZER, Verjährung von Prospekthaftungsansprüchen, RdW 2017, 407.

71 §§ 195 ff.; Einzelheiten bei H.-D. ASSMANN, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Hrsg.), WpPG/VermAnlG (3. Aufl., Köln 2017) §§ 21–23 WpPG Rz. 130 ff., § 24 WpPG Rz. 31 f.

ob ein Nachtrag veröffentlicht worden ist oder nicht, und dieses damit vereinendenfalls zeitlich unbegrenzt („ewig“) ausgeübt werden kann, ist eine erhebliche Rechtsunsicherheit vorprogrammiert.

Im Gegensatz dazu sorgen Befristungen für Rechtssicherheit. Dies war ausweislich der Gesetzesbegründung der Anlass für den deutschen Gesetzgeber im Jahr 2016 die eingangs erwähnte absolute Erlöschensregel von 12 Monaten und 14 Tagen nach Abschluss des Kreditvertrages für den Widerruf von Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen einzuführen, die unabhängig davon gilt, ob eine Widerrufsinformation erteilt wurde.<sup>72</sup> Diese Lösung und ihre Begründung korrespondieren mit dem Regulierungsansatz der europäischen Verbraucherrichtlinie von 2011 für die Dauer der Widerrufsrechte der Verbraucher bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen.<sup>73</sup> Danach läuft die Widerrufsfrist maximal für 12 Monate nach Ablauf der ursprünglichen Widerrufsfrist.<sup>74</sup> In Erwägungsgrund (43) der Richtlinie wird dies überzeugend mit dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit begründet.

*b) Ausschluss für Waren und Dienstleistungen, deren Preis Schwankungen unterliegt*

Für die Vermeidung einer missbräuchlichen Geltendmachung von Widerrufs- und Rücktrittsrechten entfalten ferner zwei Arten von Ausnahmen große praktische Relevanz, die in verschiedenen Regelwerken für Geschäfte über Waren und Dienstleistungen, deren Preis Schwankungen unterliegt, vorgesehen sind. Teilweise wird das Widerrufsrecht für diese Konstellationen komplett ausgeschlossen, teilweise gelten hinsichtlich der Gegenleistung Anpassungen (hiernach unter c)).

Ein Beispiel für einen Ausschluss findet sich in der Fernabsatzfinanzdienstleistungsrichtlinie, die ein Widerrufsrecht der Verbraucher für Fernabsatzverträge ausdrücklich ausschließt, die Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Anbieter keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können.<sup>75</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelung

---

<sup>72</sup> Siehe oben II.; BT-Drs. 18/5922, 74.

<sup>73</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates, ABl. Nr. L 304/64 vom 22.11.2011.

<sup>74</sup> Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie.

<sup>75</sup> Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Ver-

aufgegriffen und das Widerrufsrecht für derartige Waren und Dienstleistungen ebenfalls ausgeschlossen.<sup>76</sup> Er begründet dies zutreffend damit, dass es sachgerecht sei, „das von den Parteien nicht zu beeinflussende Risiko von Preisschwankungen während der Widerrufsfrist nicht einseitig dem Unternehmer aufzubürden“.<sup>77</sup> Entsprechende Regelungen finden sich auch im österreichischen Recht.<sup>78</sup>

*c) Ausgleich von Preisschwankungen*

Die zweite Ausnahme im Wege einer Wertanpassung findet sich beispielsweise im deutschen Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB),<sup>79</sup> das seit 2013 das einheitliche Regelwerk für das Investmentgeschäft darstellt. § 305 KAGB sieht bei Geschäften, die außerhalb der Geschäftsräume des Verkäufers oder Vermittlers erfolgen, für den Kauf (oder Verkauf) von Aktien oder Anteilen eines offenen Investmentvermögens ein Widerrufsrecht des Anlegers vor.<sup>80</sup> Die zweiwöchige Widerrufsfrist beginnt, vereinfacht ausgedrückt, erst dann zu laufen, wenn der Käufer eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erhalten hat.<sup>81</sup> Es besteht keine absolute Erlöschenregel, was bedeutet, dass das Widerrufsrecht potentiell „ewig“ laufen kann.

Als Ausgleich für die Härten, die sich für den Verkäufer oder Vermittler der Aktien oder Anteile des Investmentvermögens dadurch ergeben, dass deren Wert während der potentiell unbegrenzten Laufzeit des Widerrufsrechts auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, hat die zur Rücknahme verpflichtete Verwaltungsgesellschaft dem Anleger (Zug um Zug gegen Rückübertragung) lediglich den Betrag auszuführen, der dem Wert der Anteile oder Aktien *am Tag nach Eingang der Widerrufserklärung*

---

braucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. Nr. L 271/16 vom 9.10.2002.

76 § 312g Abs. 2 Nr. 8 BGB.

77 BT-Drucks. 17/12637, S. 56.

78 So etwa in § 18 Abs. 1 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz – FAGG), öst. BGBl. I Nr. 33/2014 i.d.F. öst. BGBl. I Nr. 83/2015, zuletzt geändert durch öst. BGBl. I Nr. 50/2017.

79 Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 (dt. BGBl. I S. 1981), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (dt. BGBl. I S. 2626).

80 Soweit der Erwerb der Anteile oder Aktien im Wege eines Fernabsatzgeschäftes i.S.v. § 312c Abs. 1 BGB erfolgt, scheidet der Widerruf allerdings bereits an der vorstehend erwähnten Ausnahmeregelung des § 312g Abs. 2 Nr. 8 BGB.

81 § 305 Abs. 1 KAGB i.v.m. § 246 Abs. 3 Satz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (dt. BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), zuletzt geändert durch Art. 5 des Ges. v. 11. Juni 2017 (dt. BGBl. I S. 1607).

entspricht.<sup>82</sup> Der Anleger hat bei Ausübung des Widerrufsrechts mithin *keinen* Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, sondern (nur) Erstattung des aktuellen Wertes.<sup>83</sup> Auf diese Weise wird das Risiko von Preisschwankungen während der Widerrufsfrist nicht einseitig der Verwaltungsgesellschaft aufgebürdet und es kommt nicht zu spekulativen Fehlanreizen.

Dies ist bei Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs nach § 306 KAGB wegen Fehlerhaftigkeit des Verkaufsprospekts anders. Dieser geht auf *volle* Rückerstattung des vom Anleger gezahlten Betrages. Dafür unterliegt der Schadensersatzanspruch aber auch strengeren Voraussetzungen als der Widerruf. Eine solche sachgerechte Differenzierung fehlt im Rahmen der Regulierung von Widerruf bzw. Rücktritt und Prospekthaftung nach dem WpPG und dem KMG.

#### d) *Zwischenergebnis*

Außerhalb des Prospektrechts geht die rechtspolitische Entwicklung offensichtlich in Richtung einer zeitlichen Befristung von Widerrufsrechten durch die Einführung absoluter Erlöschensregeln, die unabhängig davon greifen, ob über erstere ordnungsgemäß belehrt wurde. Soweit Widerrufsrechte in bestimmten Konstellationen im Prinzip nach wie vor potentiell unbefristet gewährt werden, ist jedoch entweder deren Geltendmachung bei Geschäften über Waren und Dienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, ausgeschlossen oder es hat bei Rückabwicklung eines solchen Geschäfts ein Wertausgleich zu erfolgen. So oder so wird das Spekulationsrisiko in diesen Fällen mithin *nicht* auf den Unternehmer, hier in der Regel ein Kreditinstitut, als dem Rücktrittsgegner überwält.

#### 2. *Keine Geltung für das prospektrechtliche Rücktritts-/Widerrufsrecht*

Für den prospektrechtlichen Widerruf bzw. Rücktritt gelten diese Lösungen indes erstaunlicherweise *nicht*, obwohl der Preis der Wertpapiere für deren Verkauf der Prospekt zu erstellen ist, geradezu prototypisch während der nach dem Verständnis der österreichischen Rechtsprechung „ewigen“ Lauf-

---

82 § 305 Abs. 4 KAGB; außerdem sind dem Anleger die von ihm bezahlten Kosten inkl. des Ausgabeaufschlages zu erstatten.

83 Das österreichische Investmentfondsgesetz 2011 sieht in § 131 Abs. 7 unter Verweis auf die §§ 5 und 6 KMG ein Rücktrittsrecht für den Fall vor, dass ein Angebot von Anteilscheinen ohne eine vorhergehende Veröffentlichung des Prospektes erfolgt ist oder spätere Änderungen nicht ordnungsgemäß angezeigt wurden. Das Rücktrittsrecht gilt in diesem Fall unbefristet (C. PÁLFFY, in: Macher/Buchberger/Kalss/Oppitz (Hrsg.), Kommentar zum Investmentfondsgesetz (2. Aufl., Wien 2014) § 131 Rz. 28), aber eine Beschränkung des rückzuzahlenden Kaufpreises auf den aktuellen Wert des Fondsanteils ist im Gesetz nicht vorgesehen.

zeit des Widerrufsrechts Schwankungen bis hin zum Totalverlust unterliegt.<sup>84</sup> Und es hat bei Rückabwicklung des Geschäfts auch kein Wertersatz zu erfolgen. Das prospektrechtliche Widerrufs- bzw. Rücktrittsregime steht im Rahmen dieser Interpretation mit anderen Worten quer zu der ansonsten gültigen Regelungssystematik der Widerrufsrechte.

Der Grund für die unbeschränkte Zulassung des Widerrufs und die fehlende Verpflichtung zur Leistung eines Wertersatzes bei der Rückabwicklung ist vermutlich, dass der Normsetzer davon ausgegangen sein dürfte, dass das Widerrufsrecht nur während der vergleichsweise kurzen Laufzeit des öffentlichen Angebots Relevanz entfalten würde, innerhalb derer größere Preisschwankungen eher unwahrscheinlich oder zumindest im Kontext des Emissions- und Vertriebsgeschäfts kalkulierbar und für die Beteiligten beherrschbar sein würden. Dies legt *de lege ferenda* eine legislative Korrektur in Form eines Wertausgleichs oder zumindest Klarstellung in Form einer absoluten Befristung nahe, die Fehlanreize verringert und für die Ausübung des prospektrechtlichen Widerrufs- bzw. Rücktrittsrechts Rechtssicherheit schafft.<sup>85</sup> Aber unabhängig von einer solchen, lässt sich auch bereits *de lege lata* durch eine einschränkende Interpretation der Anwendungsvoraussetzungen ein höherer Grad an Rechtssicherheit und eine stärkere Reduzierung von Missbräuchen erreichen, als es gegenwärtig der Fall ist.

### 3. Anbindung des Widerrufs an die Veröffentlichung eines Nachtrags

#### a) Die Rechtslage in Deutschland

Die Ausübung des Widerrufs ist an die Erfüllung einer Reihe von Voraussetzungen mit zeitlichem Bezug geknüpft. Die wichtigste ist die Anbindung des Widerrufs an die Veröffentlichung eines Nachtrags. § 16 Abs. 3 WpPG regelt in Übereinstimmung mit den Vorgaben des Art. 16 Abs. 2 der Prospektrichtlinie, dass die Anleger das Recht haben, ihre Willenserklärung „zwei Werktage *nach* Veröffentlichung des Nachtrages“ zu widerrufen,<sup>86</sup> wenn der Nachtrag einen Prospekt für ein öffentliches Angebot von Wertpapieren betrifft. Für das deutsche Recht wird diese Regelung dahin gehend interpretiert (Entscheidungen fehlen), dass die Auslösung des Widerrufsrechts *zwingend* an die vorherige Veröffentlichung eines Nachtrags gekoppelt ist und von dieser abhängt: Solange kein Nachtrag veröffentlicht worden ist, kann auch kein Widerruf ausgeübt werden.<sup>87</sup> Ist die Frist zur Erstel-

---

84 Zu der nach Auffassung des OGH potentiell „ewigen“ Widerrufsfrist hiernach unter 3.

85 So für Österreich KALSS (Fn. 41) 58 ff.

86 Hervorhebung durch den Verfasser.

87 So zutreffend C. BERRAR, in: Berrar/Meyer/Müller/Schnorbus/Singhof/Wolf (Hrsg.), WpPG und EU-ProspektVO (2. Aufl., Frankfurt/M. 2017) § 16 Rz. 132b, 149,

lung eines Nachtrages abgelaufen, kann das Widerrufsrecht überhaupt nicht mehr entstehen.<sup>88</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn die Veröffentlichung des Nachtrages pflichtwidrig unterblieben ist.<sup>89</sup>

Die Nachtragsfrist endet nach § 16 Abs. 1 WpPG mit dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder, falls diese später erfolgt, der Einführung in den Handel an einem organisierten Markt. Aus deutscher Sicht ist unter dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots der Ablauf der Zeichnungs- bzw. Angebotsfrist zu verstehen.<sup>90</sup> Ab dann besteht keine Verpflichtung mehr zur Veröffentlichung eines Nachtrages, denn Ziel des Nachtrages ist, dem Anleger während der Laufzeit des öffentlichen Angebots eine informierte Anlageentscheidung zu ermöglichen. Deshalb ist es auch gleichgültig, aus welchen Gründen der Nachtrag unterblieben ist. Auch wenn die Nachtragspflicht ursprünglich schuldhaft verletzt gewesen sein sollte, endet diese mit Fristablauf. Danach bestehen keinerlei Aktualisierungs- oder Berichtigungspflichten mehr.<sup>91</sup>

Gegenüber den für die Erstellung des Nachtrags verantwortlichen Personen entstehen in diesem Fall jedoch Schadensersatzansprüche aus Prospekthaftung nach §§ 21 ff. WpPG, denn durch die Nichtveröffentlichung eines Nachtrages trotz des Vorliegens eines nachtragsfähigen und nachtragspflichtigen Umstandes ist der Prospekt unrichtig geworden.<sup>92</sup>

Diese einschränkende Interpretation, die beim Wortlaut des § 16 Abs. 1 WpPG ansetzt, verhindert das Entstehen eines unerwünschten potentiell „ewigen“ Widerrufsrechts und steht damit im Einklang mit den zuvor erläuterten grundlegenden Wertungen der Normsetzer für Geschäfte über Waren und Dienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt.

---

154, 155a; W. KULLMANN/P. SESTER, Das Wertpapierprospektgesetz, WM 2005, 1068, 1075; ebenso aus österreichischer Sicht RÜFFLER (Fn. 59) 240; im Ergebnis auch ZIVNY (Fn. 41) § 6 Rz. 48.

88 BERRAR (Fn. 87) § 16 Rz. 132b, 149; KULLMANN/SESTER, WM 2005, 1075; RÜFFLER (Fn. 59) 240.

89 So für Österreich auch RÜFFLER (Fn. 59) 240.

90 J. SEITZ/P.SCHOLL, in: Assmann/Schlitt/von Kopp-Colomb (Fn. 71) § 16 WpPG Rz. 65; W. GROSS, Kapitalmarktrecht (6. Aufl., München 2016) § 16 Rz. 5a ff.; aus österreichischer Sicht ist der endgültige Angebotsschluss jedenfalls der Platzierungsabschluss einer Emission, wenn sämtliche Wertpapiere aus derselben verkauft worden sind, A. RUSS, in: Zib/Russ/Lorenz (Fn. 59) § 6 Rz. 14.

91 W. GROSS (Fn. 90) § 16 Rz. 5d; BERRAR (Fn. 87) § 16 Rz. 94.

92 SEITZ/SCHOLL (Fn. 90) § 16 WpPG Rz. 152; BERRAR (Fn. 87) § 16 Rz. 111; A. HEIDELBACH, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Kapitalmarktrechtskommentar (4. Aufl., München 2010) § 16 WpPG Rz. 49 ff.

b) *Die Rechtslage in Österreich*

In Österreich ist die Frage nach der Dauer des Widerrufsrechts, soweit ersichtlich, bislang weniger im Kontext des § 6 Abs. 2 KMG, der insoweit mit § 16 Abs. 3 WpPG inhaltsgleich ist, als vielmehr im Rahmen des Rücktrittsrechts des Verbraucher-Anlegers nach § 5 Abs. 1 KMG diskutiert worden, für den es im deutschen Recht keine korrespondierende Vorschrift gibt. Nach § 5 Abs. 1 KMG können Verbraucher-Anleger von ihrem Angebot oder vom Vertrag zurücktreten, wenn ein prospektpflichtiges Angebot ohne vorherige Veröffentlichung eines Prospektes (oder eines Nachtrags nach § 6 KMG) erfolgt ist. Der OGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2009 festgestellt, dass, „[s]olange kein Prospekt veröffentlicht worden ist, ... dem Verbraucher-Anleger das jederzeitige Rücktrittsrecht – und zwar unbefristet – zu[steht]“.<sup>93</sup> Diese Überlegung hat der OGH jüngst unter Bezugnahme auf die Nachtragspflicht in § 6 Abs. 2 KMG und unter erneutem ausdrücklichem Hinweis auf die fehlende Befristung auf eine *ursprünglich* bestehende *Unrichtigkeit* des Prospektes ausgeweitet.<sup>94</sup> Das dürfte so zu verstehen sein, dass auch das Rücktrittsrecht nach § 6 Abs. 2 KMG zeitlich unbefristet ausübbar sein soll, ohne von einer vorherigen Veröffentlichung des Nachtrages abhängig zu sein.<sup>95</sup> Damit ist von der Rechtsprechung für Österreich – ohne Not und im Widerspruch zu den vorstehend aufgezeigten grundlegenden Wertungen des europäischen Normsetzers für Geschäfte über Waren und Dienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, – ein potentiell „ewiges“ Rücktrittsrecht für ebensolche Geschäfte etabliert worden. Hier läge aus deutscher Sicht ein rechtspolitisches Umdenken nahe und die Ausübung des Rücktrittsrechts von der vorherigen Veröffentlichung eines Nachtrages abhängig zu machen, welche innerhalb der Zeichnungs- bzw. Angebotsfrist zu geschehen hätte.

4. *Rücktritt bei ursprünglicher Unrichtigkeit des Prospekts?*

Die eben erwähnte jüngste Rechtsprechung des OGH, nach der die scharfe Sanktion des Rücktritts schon dann greifen soll, wenn der Prospekt *ursprünglich* fehlerhaft war,<sup>96</sup> stellt eine erhebliche und rechtspolitisch zwei-

93 OGH 26.11.2009, 2 Ob 32/09h, ÖBA 2010, 753, 757, mit Anmerkung von OPPITZ, *ibid.*, 758; bestätigt von OGH 28.6.2012, 2 Ob 172/11z, RdW 2012, 658; OGH 18.10.2016 (Fn. 37) 261; zustimmend ZIB (Fn. 33) 506 f.; G. GRAF, Zur Nachtragspflicht des Emittenten gem § 6 KMG bei anfänglicher Kenntnis der Unrichtigkeit des Prospektes, *ecolex* 2015, 836; ablehnend RÜFFLER (Fn. 59) 240 f.

94 OGH 18.10.2016, 3 Ob 97/16k, ÖBA 2017, 261 = ZFR 2017, 20 = RdW 2017, 309; kritisch RÜFFLER (Fn. 59) 237 ff.; KALSS (Fn. 23) 1.

95 So ausdrücklich ZIB (Fn. 59) § 5 Rz. 13.

96 OGH 18.10.2016, 3 Ob 97/16k, ÖBA 2017, 261 = ZFR 2017, 20 = RdW 2017, 309.

felhafte Ausweitung des Anwendungsbereiches des Rücktrittsrechts dar.<sup>97</sup> Auf diese Weise tritt das Rücktrittsrecht in unmittelbare Konkurrenz zu der Prospekthaftung und zu dem prospektrechtlichen Schadensersatz, der im Wege der Naturalrestitution ebenfalls einen Anspruch auf Rückabwicklung gewährt.<sup>98</sup> Dessen strengere Voraussetzungen müssen bei der Geltendmachung des Rücktrittsrechts indes *nicht* erfüllt werden. Denn zum einen ist es für einen erfolgreichen Rücktritt gleichgültig, ob zwischen dem Fehlen oder der Fehlerhaftigkeit des Prospektes und der Investitionsentscheidung des zurücktretenden Anlegers ein Kausalzusammenhang bestanden hat. Eine individuelle Schutzwürdigkeit des Anlegers wird nicht geprüft.<sup>99</sup> Zum zweiten ist es gleichgültig, ob überhaupt ein Schaden eingetreten und ggfs. nachgewiesen werden kann. Entsprechend spielen weder die hypothetische Alternativveranlagung noch die Schadensminderungspflicht eine Rolle.<sup>100</sup> Und drittens kommt es nicht darauf an, ob denjenigen, gegenüber dem der Anleger seinen Rücktrittsanspruch geltend machen kann, ein Verschulden hinsichtlich des Fehlens oder der Fehlerhaftigkeit des Prospekts und der Unterlassung eines berichtigenden Nachtrags trifft.

Diese im Vergleich zum Schadensersatzrecht wesentlich geringeren Anforderungen, die an die Geltendmachung des Rücktrittsrechts gestellt werden, schaffen den Anreiz, wo immer möglich, den einfacheren Weg des Rücktritts zu wählen, und lassen die Prospekthaftung insoweit – und das heißt wegen der Bejahung eines Rücktritts auch im Falle einer ursprünglichen Unrichtigkeit des Prospektes in erheblichem Umfang – leerlaufen. Die Prospekthaftung wird faktisch vom Rücktrittsrecht, das zu einer Art „Schadensersatzrecht light“ mutiert ist, verdrängt, was im Ergebnis zu einer problematischen Überlagerung des europarechtlich vorgegebenen Konzeptes der Prospekthaftung durch eine überzogene nationale Interpretation des Rücktrittsrechts führt. Es ist höchst zweifelhaft, ob diese Ausweitung europarechtlich zulässig ist. Darauf kann an dieser Stelle indes nicht vertieft eingegangen werden.<sup>101</sup>

---

97 Kritisch dazu der Besprechungsaufsatz von RÜFFLER (Fn. 59) 236; ferner KALSS (Fn. 23) 1.

98 Das deutsche Prospektrecht gewährt dem Erwerber von Wertpapieren gemäß § 24 WpPG sogar ausdrücklich einen unmittelbaren (Schadensersatz)Anspruch auf Übernahme der Papiere gegen Erstattung des Erwerbspreises gegenüber dem Emittenten und dem Anbieter im Fall einer unterlassenen Prospektveröffentlichung.

99 KALSS (Fn. 25) 176.

100 ZIVNY (Fn. 41) § 5 Rz. 23.

101 Siehe dazu RÜFFLER (Fn. 59) 238 ff.; KALSS/OPPITZ/ZOLLNER (Fn. 57) § 7 Rz. 44; BAUM (Fn. 28) 96 f.

## VII. RESUMEE

Widerrufs- und Rücktrittsrechte sind einfach ausübbar, aber scharfe Sanktionsinstrumente, die einschneidende Folgen für den Vertragspartner haben, vor allem wenn sie zeitversetzt und gehäuft ausgeübt werden. Sie entfalten dann eine beachtliche und oftmals schwer steuerbare Dynamik, welche die etablierten Geschäftsmodelle der Kreditinstitute in den betreffenden Tätigkeitsfeldern gefährdet. Das deutsche Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehensverträgen und das prospektrechtliche Rücktrittsrecht in Österreich sind ebenso anschauliche wie besorgniserregende Beispiele für dieses Dilemma. Sie sind oder drohen jedenfalls *contra legem* zu allgemeinen Reuerchten zu pervertieren, die mit dem berechtigten Anliegen des Verbraucher- oder Anlegerschutzes nichts mehr zu tun haben, sondern lediglich dem Zweck dienen, eine vom Anleger selbst zu verantwortende unattraktiv gewordene wirtschaftliche Situation zu Lasten Dritter, konkret der Kreditinstitute, ihren Eignern und anderen Kunden, aufzulösen.

## VIII. ANHANG

– Auszüge aus dem österreichischem KMG und dem deutschem WpPG –

## § 5 KMG

(1) Erfolgt ein prospektpflichtiges Angebot ohne vorhergehende Veröffentlichung eines Prospekts oder der Angaben nach § 6, so können Anleger, die Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 KSchG sind, von ihrem Angebot oder vom Vertrag zurücktreten.

...

(4) Das Rücktrittsrecht nach Abs. 1 erlischt mit Ablauf einer Woche nach dem Tag, an dem der Prospekt oder die Angaben nach § 6 veröffentlicht wurden. ...

## § 6 KMG

(1) Jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Bewertung der Wertpapiere oder Veranlagungen beeinflussen könnten und die zwischen der Billigung des Prospekts und dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder, falls später, der Eröffnung des Handels an einem geregelten Markt auftreten oder festgestellt werden, müssen in einem Nachtrag (ändernde oder ergänzende Angaben) zum Prospekt genannt werden. ...

(2) Betrifft der Prospekt ein öffentliches Angebot von Wertpapieren ..., haben Anleger, die sich bereits zu einem Erwerb oder einer Zeichnung der Wertpapiere ... verpflichtet haben, bevor der Nachtrag veröffentlicht wird, das Recht, ihre Zusagen innerhalb von zwei Arbeitstagen nach Veröffentlichung des Nachtrags zurückzuziehen, vorausgesetzt,

dass der neue Umstand oder die Unrichtigkeit oder Ungenauigkeit gemäß Abs. 1 vor dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots und der Lieferung der Wertpapiere oder Veranlagungen eingetreten ist.

#### § 16 WpPG

(1) Jeder wichtige neue Umstand oder jede wesentliche Unrichtigkeit in Bezug auf die im Prospekt enthaltenen Angaben, die die Beurteilung der Wertpapiere beeinflussen könnten und die nach der Billigung des Prospekts und vor dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots oder, falls diese später erfolgt, der Einführung in den Handel an einem organisierten Markt auftreten oder festgestellt werden, müssen in einem Nachtrag zum Prospekt genannt werden. ...

(3) Betrifft der Nachtrag einen Prospekt für ein öffentliches Angebot von Wertpapieren, haben Anleger, die vor der Veröffentlichung des Nachtrags eine auf den Erwerb oder die Zeichnung der Wertpapiere gerichtete Willenserklärung abgegeben haben, das Recht, diese innerhalb einer Frist von zwei Werktagen nach Veröffentlichung des Nachtrags zu widerrufen, sofern der neue Umstand oder die Unrichtigkeit gemäß Absatz 1 vor dem endgültigen Schluss des öffentlichen Angebots und vor der Lieferung der Wertpapiere eingetreten ist.



## Kommentar

*Maki Saito*<sup>\*,\*\*</sup>

- I. Refinanzierung von Immobiliendarlehen in Japan
- II. Durchsetzung der ex-ante Risikoverteilung als Grundlage der Marktmechanismen

Dieser Themenblock ist dem Gesellschaftsrecht gewidmet. Das Referat zum deutschen Recht, das ich rechtsvergleichend aus der Sicht des japanischen kommentieren möchte, greift jedoch finanzmarktbezogene Fragen auf, welche vordringlich dem Verbraucherschutz zuzuordnen sind, der in Japan als Teil des Zivilrechts angesehen wird. Von daher ist es zweifelhaft, ob ich als Gesellschaftsrechtlerin, welche die letzten Reformen und Entwicklungen in diesem Bereich nicht zur Genüge verfolgt hat, vorliegend als Kommentatorin geeignet bin. Ich werde aber gerne die Gelegenheit nutzen, um von den Teilnehmern aus den unterschiedlichen Fachgebieten Informationen und Anregungen zu erhalten.

### I. REFINANZIERUNG VON IMMOBILIENDARLEHEN IN JAPAN

Zunächst komme ich zu den Immobiliendarlehen: Auch in Japan sind die Zinsen für Immobiliendarlehen von etwa 8,5 % Mitte der 1990er Jahre auf gegenwärtig 2,5 % bei variablem Zinssatz und 3 % bei festem Zinssatz drastisch gesunken.<sup>1</sup> Deshalb sollten in Japan eigentlich die gleichen Probleme wie in Deutschland auftreten. Schaut man sich die Tagespresse an, ist ein solches Phänomen aber nicht festzustellen.

Eine rechtskulturelle Erklärung wie etwa die, dass Japaner im Vergleich zu Deutschen ein weniger stark ausgeprägtes Rechtsbewusstsein hätten oder dass japanische Bürger sich von Rechtsstreitigkeiten lieber fernhielten, klingt – nach zahlreichen Klagen auf Rückforderungen von Überzahlungen – jedoch nicht überzeugend. Auch die Annahme, dass Japaner so beschei-

---

\* Professorin für Gesellschaftsrecht, Graduate School of Law, Universität Kyōto. Die Vortragsfassung ist beibehalten, jedoch um einige Ausführungen und Fußnoten ergänzt worden.

\*\* Ich bedanke mich bei Frau Dr. *Karla Rupp-Alene* für ihre Hilfe bei der Übersetzung dieses Beitrags und bei Herrn Professor *Kazuyuki Yoshinaga* für wissenschaftliche Anregungen in Bezug zum Immobiliendarlehen. Verbleibende Fehler oder Unrichtigkeiten fallen jedoch ausschließlich in die Verantwortung der Verfasserin.

<sup>1</sup> Siehe z.B. <https://www.flat35.com/loan/atoz/06.html>.

den seien, dass sie sich einer opportunistischen Haltung enthielten, kann man beispielsweise mit Blick auf die Erfahrung widerlegen, die in Japan mit der Geltendmachung von *appraisal rights* (Abfindungsrechten) im Gesellschaftsrecht gemacht wurden. Das japanische Gesellschaftsrecht sieht vor, dass die Aktionäre, die mit bestimmten Handlungen der Gesellschaft, wie z.B. einer Verschmelzung, nicht einverstanden sind, von der Gesellschaft verlangen können, ihnen ihre Aktien zu einem fairen Preis abzukaufen (Artt. 785, 796 Gesellschaftsgesetz). Der Kaufpreis berechnet sich dabei nach dem Aktienkurs im Zeitpunkt der Rechtsausübung. Deshalb übten oft kleine Anleger, deren Widerstand nicht die Beschlussfassung der Hauptversammlung blockieren sollen, dieses Recht aus, um den Erhalt des Kaufpreises zu dem aktuellen Kurs sicherzustellen, und suchten zugleich aber nach Gelegenheiten, auf dem Markt zu höheren Preisen verkaufen zu können. Diese Praxis ist nach der Reform des Gesellschaftsgesetzes von 2014 nicht mehr möglich.

Die Zinsen für Immobiliendarlehen sind in Japan schon um das Jahr 1995 herum auf das aktuelle Niveau gefallen. Es scheint nur wenige Kreditnehmer zu geben, die heutzutage noch Schulden aus den frühen neunziger Jahren haben. Rechtsstreitigkeiten über die Gültigkeit von Darlehensverträgen wurden aber auch zum Zeitpunkt dieses Zinssturzes zu keinem sozialen Problem. Die anekdotische Erfahrung, dass der deutsche Gesetzgeber das Problem der missbräuchlichen Berufungen auf Widerrufsrechte auch mit der Einführung einer legislativen Musterbelehrung nicht lösen konnte, deutet darauf hin, dass deutsche Verbraucher vermutlich auch in der japanischen Praxis leicht potentielle „Widerrufsjoker“ entdecken könnten, wenn sie sich in Japan finanziell engagieren würden.

In diesem Sinne könnte das Kreditgewerbe in Japan bisher an der Nachlässigkeit japanischer Juristen und Verbraucherverbände verdient haben. In Japan fehlten entsprechende Anreize zum Teil deswegen, weil seinerzeit das Verbraucherrecht noch nicht ausreichend entwickelt war und auch weil zwar nicht der einzige aber doch der größte Kreditgeber im Bereich der Immobilienfinanzierung für Verbraucher eine öffentliche Körperschaft (*jūtaku kinyū kōko*) war, die recht günstige Zinsen anbot. Ein noch wichtiger Grund ist nach meiner Einschätzung jedoch die Tatsache, dass eine Refinanzierung durch Rückzahlung bestehender Schulden sehr einfach war, was den Kreditnehmern den Anreiz nahm, sich vermittels eines Rechtsstreits von dem ursprünglichen Vertrag zu lösen.

Bei der vorzeitigen Rückzahlung eines Darlehens verliert der Kreditgeber die Chance, weitere Zinserträge zu erzielen. Daher sieht das japanische Zivilgesetz vor, dass ein Kreditnehmer bei einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens nicht die Interessen des Kreditgebers verletzen darf (Art. 136 Abs. 2 ZG). Dies bedeutet, dass der Kreditnehmer zur Zahlung einer Vor-

fälligkeitsentschädigung verpflichtet ist. Ohne abweichende Vereinbarung beläuft sich diese Entschädigung auf den Gesamtbetrag der bei normaler Laufzeit des Kredites noch ausstehenden Zinsen. In der japanischen Praxis gibt es in einer Kreditvereinbarung normalerweise eine Klausel auf Zahlung einer Gebühr bei der vorzeitigen Rückführung des Kredites. Diese Gebühr entspricht der Vorfälligkeitsentschädigung, effektiv den Kosten der Umschuldung. Bei der Refinanzierung muss man noch zusätzliche Kosten berücksichtigen, wie die Zulassungssteuer, die Vergütung an den Rechtsschreiber (*shihō shoshi*) für die Löschung der alten und die Eintragung der neuen Hypothek im Registers, die Kommission für das Garantieunternehmen und Prämien für die Lebensversicherung.<sup>2</sup> Dies sind die Kosten, die auch entstehen, wenn man den bestehenden Darlehensvertrag widerruft und eine neue Kreditaufnahme tätigt. Bei der Rückabwicklung vermittelt eines Widerrufs spart der Kreditnehmer jedoch die Kosten der Vorfälligkeitsentschädigung.

Leider verfüge ich über keine historischen statistischen Daten bezüglich der Höhe der Gebühr. Laut der Webseite einer Bank belief sich diese vor dem Jahr 2009 auf 2 % des Kreditbetrages, oder, im Falle einer besonderen Vereinbarung, handelte es sich um einen festen Betrag von höchstens 30.000 Yen (ca. 222 Euro). Bei einem Kreditsaldo von 20 Millionen Yen (ca. 150.000 Euro) belief sich die prozentuale Gebühr mithin auf höchstens 400.000 Yen (ca. 3.000 Euro).<sup>3</sup> Verglichen mit den Kosten einer Rechtsstreitigkeit war dies wesentlich kostengünstiger. Zur Zeit der historisch niedrigen Zinsen beträgt die Gebühr inzwischen oft 0 % wegen des Wettbewerbs zwischen den Banken um Hypothekendarlehensnehmer.

Wenn die Kosten der Refinanzierung (d. h. die Vollfälligkeitsentschädigung) in Japan günstiger sind als in Deutschland, bedeutet dies nicht nur, dass der japanische Verbraucher in den Genuss einer billigeren Refinanzierung kommt, sondern auch, dass die leichtere Refinanzierung den Wettbewerb unter den Banken fördert und die Verbraucher so zu vorteilhafteren Geschäftsbedingungen Kredite aufnehmen können. Das heißt, dass die bisherige japanische Praxis durch den Wettbewerb der Finanzinstitute die Interessen der Verbraucher gefördert hat, ohne das Risiko einzugehen, durch eine extensive Ausübung von Widerrufsrechten die Grundlagen des Bankgeschäftes zu gefährden. Über einen effektiven Verbraucherschutz kann man nicht sinnvoll sprechen, ohne zugleich seine Auswirkungen auf die Marktmechanismen mit einzubeziehen.

Ein weiterer Vorteil einer Rückabwicklung kann im Vergleich zu einer vorzeitigen Rückzahlung eines Kredites darin liegen, dass der Kreditnehmer bei der Rückabwicklung im Wege der Naturalrestitution die schon geleisteten

---

2 Siehe für eine Simulation <https://www.flat35.com/simulation/sim2.html>.

3 <https://www.orixbank.co.jp/personal/fee/cancel.html>.

Zinszahlungen zurückerhalten kann. Allerdings sollte der Kreditnehmer dann auch das erhaltene Darlehens zurückzahlen und zwar einschließlich eines Nutzungsentgeltes, dessen Höhe sich nach dem gesetzlichen Zinssatz berechnet.

Bis zur Reform im Jahr 2017 betrug der gesetzliche Zinssatz in Japan im Prinzip 5 % (Art. 404 ZG a.F.) und, soweit eine Sonderregel des Handelsrechts galt, 6 % (Art. 514 HG a.F.). Beide Zinssätze sind bemerkenswert höher als der durchschnittliche Marktzinssatz in den letzten 30 Jahren. Nutzungsentgelte können demnach die Höhe der zurückzuerhaltenden Zinsen weit überschreiten. Die Tatsache, dass die Einführung der heute geltenden variablen gesetzlichen Zinssätze erst lange nach dem Einbruch der zuvor am Markt üblichen Zinssätze erfolgte, könnte in retrospektiver Betrachtung ein Glück für die japanische Finanzindustrie gewesen sein.

Ich würde gerne die heutige Gelegenheit nutzen, um diese Hypothese von Teilnehmern der Tagung im Anschluss an mein Referat beurteilen zu lassen.

## II. DURCHSETZUNG DER *EX-ANTE* RISIKOVERTEILUNG ALS GRUNDLAGE DER MARKTMECHANISMEN

Als Zweites komme ich zu den Verkäufen von Finanzprodukten: Da wir bereits über die allgemeine Bewertung der Privatautonomie diskutiert haben, möchte ich hier auf die Spezifika von Transaktionen mit Finanzprodukten eingehen. Auf dem Markt für Finanzprodukte unterliegt die Verkäuferseite, nämlich die Emittenten der Produkte und die Investmentbanken, welche diese verkaufen, einer strengen Regulierung und der Aufsicht der zuständigen Behörde. Die Käuferseite genießt demgegenüber eine große Entscheidungsfreiheit. Dies ist ein Aspekt, durch den sich der Handel mit Finanzprodukten von anderen Transaktionen unterscheidet.

Der Handel mit Finanzprodukten unterscheidet sich von anderen Geschäften, wie etwa dem Kauf eines Mercedes PKW oder einer Hitachi Waschmaschine, ferner insbesondere auch dadurch, dass nicht nur der Käufer, sondern auch der Verkäufer nicht weiß, was der Käufer am Ende wertmäßig bekommen haben wird. Denn über den Wert eines Finanzproduktes entscheidet der Markt. Dabei hat das Verhalten des Käufers selber Einfluss auf die Erträge anderer Marktteilnehmer, weil der Marktpreis handelbarer Finanzprodukte durch das Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage bestimmt wird. Der Widerruf einer Transaktion wirkt oft nicht (nur) gegenüber dem Verkäufer, sondern wirkt sich auch auf den Markt insgesamt aus und damit direkt oder indirekt auf die finanzielle Situation anderer Marktteilnehmer. Demgegenüber wird beim Widerruf eines Waschmaschinenkaufs lediglich die Ware dem Verkäufer zurückgegeben, ohne dass dadurch andere, zufriedene Käufer benachteiligt werden. Durch einen rückwirkenden Widerruf nach eingetretenen Kursverlusten bei gehandelten Finanzpro-

dukten gibt der widerrufende Anleger hingegen seinen Verlust an die anderen, verbleibenden Inhaber des betreffenden Finanzproduktes weiter, wenn, etwa im Fall von Fondsanteilen, dem austretenden Anleger der Kaufpreis für seinen Anteil aus den Mitteln des Fonds erstattet wird. Wenn die vermittelnde Investmentbank den Verlust trägt, wird die Rückgabe der (wertlos gewordenen) Finanzprodukte der widerrufenden Anleger gegen Rückzahlung des ursprünglichen Kaufpreises den Marktwert der Bank senken.

Bei einigen Finanzprodukten, wie etwa Optionen, schließen der Emittent des betreffenden Finanzprodukts als Verkäufer und der Käufer eine Art Wette auf die zukünftige Markt- bzw. Wirtschaftsentwicklung ab. Der Handel von solchen Finanzinstrumenten bedeutet eine *ex-ante* Risikoverteilung auf beide Parteien. Bei einzelnen Transaktionen kann entweder der Käufer oder der Verkäufer gewinnen. Jeder bildet ein Portfolio, der Emittent ein Portfolio der Projekte und der Anleger ein Portfolio von Finanzinstrumenten. Diese Vorgehensweise verteilt das Risiko und soll den Verlust einer Investition durch den Gewinn aus einer anderen Anlage kompensieren. Wenn es nun aber nur dem Käufer möglich ist, seine Investition rückabzuwickeln, nachdem der wirtschaftliche Erfolg oder eben auch Misserfolg der Investition bekannt geworden ist, wird das Fundament des Geschäftsmodells, Finanzprodukte zu gestalten und zu verkaufen, erschüttert.

Bei Finanzinvestitionen wetten Anleger unter Annahme stochastisch erfasster künftiger Marktentwicklungen. Ein Markt ist etabliert, da die Prognosen der Marktteilnehmer vielfältig sind und die Risikoorientierung der einzelnen Anleger unterschiedlich ist. Die Akkumulation von Investitionen ermöglicht es dem Markt jedoch nur unter der Prämisse einen fairen Marktpreis zu bilden, dass die Anleger das Risiko tragen, einen Verlust zu erleiden, wenn sie die Wette verlieren. Für einen funktionsfähigen Kapitalmarkt ist es notwendig, die *ex-ante* Risikoverteilung zwischen den Parteien durchzusetzen. Selbstverständlich geht ein fairer Markt von der Offenlegung wichtiger Informationen aus. Falsche Informationen müssen korrigiert und in einigen Fällen müssen die Anbieter derartiger Informationen mit Sanktionen belegt werden.

Berücksichtigt man diese Merkmale, die den Transaktionen mit Finanzprodukten eigen sind, lassen sich für das traditionelle Widerrufsrecht im Falle falscher Prospektangaben die folgenden Grundsätze entwickeln, wie auch der Vortrag von *Baum* gezeigt hat.

Gewährt man den Anlegern bereits bei geringfügigen, lediglich formalen Verstößen gegen eine prospektrechtliche Vorschrift automatisch ein Widerrufsrecht, bleibt völlig außer Acht, dass der Anleger das betreffende Finanzprodukt vielleicht in jedem Fall gekauft hätte, dass also die Falschinformation möglicherweise gar nicht kausal für seine Anlageentscheidung gewesen ist. Ferner erhält der Anleger in der Regel den vollen Kaufpreis zurück, der

unabhängig von dem aktuellen Wert des Finanzprodukts ist, der sich aufgrund einer allgemeinen Marktentwicklung, die nicht mit dem Prospektfehler zusammenhängen muss, ergeben hat. Der Anleger hat die Wahl, bei einer vorteilhaften Marktentwicklung an seinem Erwerb festzuhalten und bei Fallen des Marktpreises auf das Widerrufsrecht zurückzugreifen und den Erwerb rückabzuwickeln. Anders als bei einer individuellen Verletzung von Informationspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Finanzprodukten, betrifft der Mangel eines Prospekts alle Inhaber des betroffenen Finanzinstruments mit der Folge, dass das Widerrufsrecht bei Kursrückgängen plötzlich von vielen Anlegern massenhaft ausgeübt wird.

Es gibt keinen Staat oder Philanthropen, der die erforderlichen Mittel bereitstellen würde, um die Verluste der widerrufenden Anleger zu decken, die durch verlorene Wetten entstanden sind. Dies müssen vielmehr die übrigen Marktteilnehmer leisten, die durch Zufall oder systematisch eine richtige Investitionsentscheidung getroffen haben, oder die vermittelnden Kreditinstitute, auch wenn sie nur Kommissionen verdienen.

Das rückwirkende Widerrufsrecht zielt auf einen Verbraucherschutz, der den zentralen Marktgrundsatz der prinzipiellen Eigenverantwortlichkeit für getätigte Investition leugnet. Anders als beim Schadensersatz, gibt es dort, wie erwähnt, keinen Raum, um Faktoren wie die Vorsätzlichkeit von Falschangaben, den Kausalzusammenhang zwischen solchen Angaben und der Investitionsentscheidung oder die Auswirkung der Angaben auf den Marktpreis zu berücksichtigen.

Die Praxis ist in Japan bislang noch nicht so weit wie die österreichische Rechtsprechung gegangen. Eine Ursache hierfür liegt in einem anderen Aufbau der Regulierung. Der Anlegerschutz in Japan ist auf drei Gesetze verteilt. Im Finanzprodukte- und Börsengesetz finden sich Vorschriften zur Prospektpflicht und anderen Publizitätspflichten. Im Rahmen des Finanzproduktehandelsgesetzes sind die Informationspflichten für Vertreiber von Finanzprodukten festgelegt. Das Verbrauchervertragsgesetz wiederum regelt den Schutz vor einer unzureichenden Bereitstellung von Informationen durch den Produktanbieter bei Transaktionen zwischen Verbrauchern und Unternehmen. Das Verbrauchervertragsgesetz und die beiden anderen Gesetze unterliegen der Aufsicht verschiedener Behörden.

Das Verbrauchervertragsgesetz erlaubt den Widerruf eines Vertrags im Falle einer gesetzwidrigen Aufforderung zum Vertragsschluss; die anderen beiden Gesetze sehen hauptsächlich die Leistung von Schadensersatz als Sanktion vor.<sup>4</sup> Beim Vertrieb von Finanzprodukten bejahen die japanischen Gerichte selten eine Ungültigkeit (nach der Reform von 2017: Anfechtbarkeit) des Vertrages wegen Irrtums oder die Möglichkeit einer Anfechtbarkeit wegen Täuschung, und sie sind auch sehr zurückhaltend, die Gültigkeit

des Rechtsgeschäfts wegen einer Verletzung von verwaltungsrechtlichen Vorschriften wie solchen des Finanzproduktehandelsgesetzes zu verneinen.

Wie von Baum erwähnt, können bei einer Sanktion in Form der Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz verschiedene Faktoren berücksichtigt werden, um zu beurteilen, ob und in welchem Umfang der betroffene Anleger rechtlichen Schutz verdient. Das Obergericht Tōkyō entschied in diesem Sinne beispielsweise, dass zwischen der Nichtübergabe des Prospekts und dem Schaden des Anlegers, der aufgrund des Konkurses des Emittenten der gehandelten Schuldverschreibung entstanden war, kein Kausalzusammenhang bestand und argumentierte unter anderem, dass auch aufgrund der Angaben in dem auszuhändigenden Prospekt der Konkurs nicht vorsehbar gewesen wäre.<sup>5</sup>

Im Fall falscher Angaben in dem Wertpapierbericht (*yūka shōken hōkoku-sho*) kann das Gericht dem Anspruchsberechtigtem zwar die Differenz zwischen dem Erwerbspreis und Veräußerungspreis zusprechen, um dem Anleger auf diese Weise eine Rückkehr zu dem wirtschaftlichen Status vor dem Kauf des Finanzprodukts zu ermöglichen.<sup>6</sup> Dies gilt jedoch nur, wenn der oder die Anleger(in) das Gericht zu überzeugen vermag, dass er oder sie das betreffende Finanzprodukt ohne die Mängel in dem Bericht nicht gekauft hätte.<sup>7</sup>

Während es beim Schadenersatzanspruch sehr schwer ist, dessen strenge Voraussetzungen zu erfüllen, eröffnet das Widerrufsrecht einen leichten Weg für die Anleger, um das von ihnen angelegte Geld im Falle einer wirtschaftlichen Fehlentscheidung zurückerhalten. Der österreichische Gesetzgeber könnte genau auf diese Einfachheit abgezielt haben. Die Erfahrung in Österreich lehrt, dass ein Widerrufsrecht ohne oder mit einer sehr langen Ausübungsfrist den Anlegern großen Raum für ein opportunistisches Verhalten gibt und auf diese Weise die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes gefährdet. Mit den Lehren, die aus dem heutigen Vortrag von Baum gezogen wurden, wird unsere Verbraucheragentur hoffentlich künftig darauf verzichten, den Anwendungsbereich des Verbrauchervertragsrechts über den gegenwärtigen Stand hinaus allzu weit auszuweiten.

---

4 Ausnahmen sind der unerlaubte Vertrieb von nicht börsennotierten Aktien durch nicht registrierte Vermittler (Art. 171-2 FBG) und das Widerrufsrecht, das (nur) Kunden von Anlageberatern zusteht (Art. 37-6 FBG, Art. 16-6 FBG-DVO).

5 OG Tokyo Urteil v. 26. 10. 2000, Hanrei Jihō 1734, 18.

6 OGH Urteil v. 13.3.2012, Hanrei Jihō 2146, 33.

7 K. KANZAKI et al, *Kinyū shōhin torihiki-hō* (Seirin Shoin, Tōkyō 2012) 568 Fn. 5; vgl. OGH Urteil v. 13.9.2011, Hanrei Jihō 2134, 35.



## Verzeichnis der Autoren und Herausgeber

### *Harald BAUM*

Dr. iur., Wissenschaftlicher Referent und Leiter der Japan-Abteilung am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Professor, Universität Hamburg; Research Associate, European Corporate Governance Institute, Brüssel.

### *Christian HEINZE*

Dr. iur., LL.M. (Cambridge), Professor für Bürgerliches Recht und Immaterialgüterrecht, insbesondere Patent- und Markenrecht, Direktor des Instituts für Rechtsinformatik, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover.

### *Atsuko KIMURA*

Associate Professorin für Zivilrecht, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

### *Yuko NISHITANI*

Dr. iur., Professorin für Internationales Privat- und Handelsrecht, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

### *Karl RIESENHUBER*

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

### *Anne RÖTHEL*

Dr. iur., Professorin für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht, Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen, Bucerius Law School, Hamburg.

### *Maki SAITO*

Professorin für Gesellschaftsrecht, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

### *Katsuyuki WADA*

Associate Professor für Zivilrecht, Graduate School of Law, Universität Kyōto.

*Keizo YAMAMOTO*

Dr. iur., Professor für Zivilrecht, Graduate School of Law, Universität  
Kyōto.

*Tomohiro YOSHIMASA*

Dr. iur., Professor für Zivilrecht, Graduate School of Law, Universität  
Kyōto.