

RUPPRECHT PODSZUN

Wirtschaftsordnung  
durch Zivilgerichte

*Jus Privatum*

181

---

Mohr Siebeck

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 181





Rupprecht Podszun

# Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte

Evolution und Legitimation der Rechtsprechung  
in deregulierten Branchen

Mohr Siebeck

*Rupprecht Podszun*, geboren 1976, Jura-Studium und Referendariat in Heidelberg, London, München und Genf. Promotion 2003 durch die Ludwig-Maximilians-Universität München. 2005-2007 Referent im Bundeskartellamt, Bonn. 2007-2012 Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, München. 2012 Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Seit 2013 Professor an der Universität Bayreuth als Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Immaterialgüter- und Wirtschaftsrecht.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-152432-5

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

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

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Den Anstoß zu dieser Arbeit gab ein befreundeter Syndikusanwalt, als ich noch beim Bundeskartellamt arbeitete. In seinem Unternehmen, einem in Bonn ansässigen Ex-Monopolisten, freue man sich stets, wenn ein Konflikt vor den Zivilgerichten ausgetragen werde statt im Verwaltungsweg – private Kläger ließen sich leichter in die Schranken weisen als Regulierungs- oder Kartellbehörden. Diese Feststellung empfand ich angesichts zunehmender Verlagerung von Konfliktlösungen in den Bereich des Zivilrechts als problematisch, und ich beschloss, den damit verknüpften Fragen auf den Grund zu gehen. Die Antworten sind in diesem Buch versammelt. Sie ergeben ein Plädoyer für eine private Rechtsdurchsetzung, die aber bestimmter Voraussetzungen bedarf. In methodischer Hinsicht ist die Arbeit ein Plädoyer für ein evolutorisches Verständnis von Recht.

Mit ihrem rechtspolitischen Anspruch steht die Schrift in der Traditionslinie meines akademischen Lehrers Josef Drexl, der mich vom Bundeskartellamt zurück in die Wissenschaft lockte. Sein juristischer Scharfsinn, seine Gründlichkeit und seine inspirierende Kreativität waren – und sind – mir wegweisend, ebenso wie sein freier Geist und sein Vertrauen in den Nachwuchs. Ihm danke ich vor allen anderen von Herzen für seine Unterstützung.

Die Arbeit wurde von der Ludwig-Maximilians-Universität München im Sommersemester 2012 als Habilitationsschrift angenommen. Als Fachmentoren im Habilitationsverfahren wirkten neben Josef Drexl die Professoren Horst Eidenmüller und Thomas Ackermann, der auch das Zweitgutachten verfasst und mir mit Rat und Tat stets zur Seite gestanden hat.

Das von Josef Drexl und Reto Hilty geleitete Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München bot mir ein hervorragendes wissenschaftliches Umfeld. Der Leitung des Instituts und den Kolleginnen und Kollegen gebührt großer Dank. Genannt seien Mark-Oliver Mackenrodt sowie Stefan Alich, Stefan Enchelmaier, Alfred Früh, Alexander Hellgardt, Nadine Klass, Kaya Köklü, Ines Saler und Peter Weber.

Auf dem Weg zur Habilitation haben mich drei erfahrene Wissenschaftler des Instituts in besonderer Weise begleitet und geprägt: Frauke Henning-Bodewig, Michael Lehmann und der sehr verehrte Wolfgang Fikentscher. Ihre Ideen und ihre Ermunterungen haben mich beflügelt. Wichtige Impulse erhielt ich auch durch das von Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann geleitete Habilitandenkolloquium am Hamburger Max-Planck-Institut für Privatrecht sowie aus der Zusammenarbeit mit dem Marburger Ökonom Wolfgang Kerber. Als unschlagbare Sparringpartner und Korrektur-

leser haben sich Melanie Amann und Marius Leber bewährt. Die von mir so bewunderte Hildegard Hamm-Brücher hat mich immer wieder daran erinnert, dass es in der Gesellschaft nicht genügt, ein tüchtiger Jurist zu sein. Ihre fürsorgliche Anteilnahme und ihre demokratische Leidenschaft stecken auch in dieser Arbeit.

Dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort danke ich für die Unterstützung des Drucks dieses Buches, meinem Bayreuther Lehrstuhl-Team für die Hilfe bei den letzten Korrekturen.

Ein solches Projekt ist die sichtbare Summe eines Lebensabschnitts. Den Freundinnen und Freunden danke ich für diese Zeit, vor allem aber meiner Familie: meinen Eltern, meinen Schwestern und ihren Gatten, meinen fabelhaften Neffen Konstantin und Julius – und Christian.

Bayreuth, im Januar 2014

*Rupprecht Podszun*

# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsverzeichnis . . . . .	XI
Einleitung . . . . .	1
Gang der Darstellung . . . . .	9
Kapitel 1. Die Wende zum Privatrecht . . . . .	11
<i>A. Ausgangspunkte der Wirtschaftsordnung . . . . .</i>	<i>11</i>
I. Wirtschaftliches Handeln von Individuen im Gemeinwesen . . . . .	12
II. Indikatoren des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft . . . . .	15
III. Historischer Überblick . . . . .	17
IV. Rechtfertigung staatlicher Intervention . . . . .	19
V. Normative Prägung der Wirtschaftsordnung . . . . .	22
<i>B. Der Gewährleistungsstaat . . . . .</i>	<i>28</i>
I. Diskussion über die Aufgaben des Staates . . . . .	28
II. Gewährleistungsverantwortung . . . . .	31
III. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft . . . . .	36
<i>C. Deregulierung, Privatisierung, Liberalisierung . . . . .</i>	<i>39</i>
I. Definitionen . . . . .	40
II. Die politische Dimension der Deregulierung . . . . .	45
III. Rechtliche Umsetzung von Deregulierungsmaßnahmen . . . . .	50
IV. Regulierungsrecht als Bindeglied . . . . .	55
<i>D. Flexibilisierung des Verwaltungshandelns . . . . .</i>	<i>63</i>
I. Handeln der Verwaltung in Privatrechtsform . . . . .	63
II. Insbesondere: Public Private Partnerships . . . . .	65
III. Beispiel Autobahnmaut . . . . .	74
IV. Legislatorischer Reformbedarf? . . . . .	93
<i>E. Publizierung des Privatrechts . . . . .</i>	<i>96</i>
I. Mechanismen der Publizierung . . . . .	96
II. Das Beispiel AGG . . . . .	98
III. Dogmatische Einordnung der Publizierungs-Kritik . . . . .	101
<i>F. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>105</i>

Kapitel 2. Methodik der evolutionären Rechtsprechungsanalyse . . . . .	107
A. <i>Grundriss der evolutionsökonomischen Methodik</i> . . . . .	107
I. Ausgangspunkte . . . . .	107
II. Bausteine der evolutionsökonomischen Wirtschaftsanalyse . . . . .	112
III. Wissen und Wettbewerb als Fokalfpunkte evolutorisches Denkens . . . . .	117
IV. Von Variation-Selektion zu Struktur und Ordnung . . . . .	122
V. Anwendungsbeispiele evolutionsökonomischer Forschung . . . . .	127
B. <i>Rechtsprechung als Entdeckungsverfahren</i> . . . . .	132
I. Zivilgerichte als Akteure der Wirtschaftsordnung . . . . .	133
II. Rechtsprechung als Wissensproblem . . . . .	139
III. Rechtsprechung als regelgebundenes Verfahren . . . . .	144
IV. Skizze einer evolutionären Rechtsprechungsanalyse . . . . .	147
V. „New Cases“ . . . . .	156
C. <i>Methodische Anknüpfungspunkte</i> . . . . .	159
I. Präzedenzfall-Diskussion . . . . .	159
II. Evolutionstheoretische Ansätze . . . . .	161
III. Methodische Konsequenzen evolutionären Rechtsdenkens . . . . .	167
 Kapitel 3. Die vierfache Legitimation der Zivilrechtsprechung . . . . .	 173
A. <i>Kriterien guter Rechtsprechung</i> . . . . .	173
I. Ansätze zur Urteilkritik . . . . .	174
II. Ausgangspunkte einer legitimatorischen Urteilsanalyse . . . . .	211
III. Die vierfache Legitimation des Zivilurteils . . . . .	219
B. <i>Funktionale Legitimation der Zivilrechtsprechung</i> . . . . .	225
I. Methodische Vorbemerkung . . . . .	225
II. Konfliktlösung als individueller Legitimationsgrund . . . . .	226
III. Befriedung als institutioneller Legitimationsgrund . . . . .	230
C. <i>Materielle Legitimation der Zivilrechtsprechung</i> . . . . .	232
I. Leitbildbindung als individueller Legitimationsgrund . . . . .	232
II. Systemrelevanz als institutioneller Legitimationsgrund . . . . .	240
III. System und Leitbild: Freiheit durch Bindung . . . . .	257
D. <i>Legitimationsverschiebungen?</i> . . . . .	275
I. Europäisierung . . . . .	275
II. Publizierung . . . . .	280
III. Ökonomisierung . . . . .	286
E. <i>Zusammenfassung</i> . . . . .	291

Kapitel 4. Rechtsprechung in post-deregulativen Konflikten . . . . .	295
A. <i>Methodische Vorbemerkungen</i> . . . . .	295
B. <i>Marktzutritt und Lauterkeit: Das Geschäftsmodell     „Billigvorwahl“</i> . . . . .	298
I. Sachliche Problematik . . . . .	298
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	307
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	319
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	340
V. Bewertung . . . . .	344
C. <i>Rechtezuordnung und Verfahren: Die Marke „Post“</i> . . . . .	352
I. Sachliche Problematik . . . . .	352
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	362
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	383
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	415
V. Bewertung . . . . .	420
D. <i>Vertragsfreiheit und Ungleichgewichtslagen: Richterliche     Gaspreiskontrolle</i> . . . . .	428
I. Sachliche Problematik . . . . .	428
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	447
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	463
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	496
V. Bewertung . . . . .	500
E. <i>Quervergleich</i> . . . . .	510
I. Vorgehen der Zivilgerichte . . . . .	511
II. Bewertung der zivilgerichtlichen Tätigkeit . . . . .	514
III. Methodische Nachbetrachtung . . . . .	517
 Kapitel 5. Der Weg zur Freiheitsordnung des Privatrechts . . . . .	 521
A. <i>Reformbedarf auf dem Weg zur Privatrechtsordnung</i> . . . . .	521
I. Wettbewerb der Konfliktlösungsmechanismen . . . . .	522
II. Reformbedarf . . . . .	524
III. Materiellrechtliche Vorschläge . . . . .	529
B. <i>Verfahrensrechtliche Agenda</i> . . . . .	531
I. Fast-Track-Modell . . . . .	532
II. Muster-Modell . . . . .	543
III. Parameter zivilprozessualer Reformen . . . . .	553

<i>C. Privatrechtsordnung, Steuerung und Selbstbestimmung</i> . . . . .	556
I. Privatrechtsordnung und Steuerung . . . . .	557
II. Privatrechtsordnung und Selbstbestimmung . . . . .	561
Literaturverzeichnis . . . . .	565
Stichwortverzeichnis . . . . .	597

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
Inhaltsübersicht . . . . .	VII
Einleitung . . . . .	1
Gang der Darstellung . . . . .	9
Kapitel 1. Die Wende zum Privatrecht . . . . .	11
<i>A. Ausgangspunkte der Wirtschaftsordnung</i> . . . . .	11
I. Wirtschaftliches Handeln von Individuen im Gemeinwesen . . . . .	12
II. Indikatoren des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft . . . . .	15
III. Historischer Überblick . . . . .	17
IV. Rechtfertigung staatlicher Intervention . . . . .	20
V. Normative Prägung der Wirtschaftsordnung . . . . .	22
1. Das europäische Modell der Wirtschaftsordnung . . . . .	22
2. Die Vorgaben des Grundgesetzes . . . . .	24
a) Wirtschaftspolitische Neutralität? . . . . .	24
b) Wirtschaftliche Betätigung des Staates . . . . .	26
3. Wirtschaftsordnung durch Wirtschaftsverwaltungsrecht . . . . .	27
<i>B. Der Gewährleistungsstaat</i> . . . . .	28
I. Diskussion über die Aufgaben des Staates . . . . .	28
II. Gewährleistungsverantwortung . . . . .	31
1. Begriff und praktische Anwendung . . . . .	32
2. Beispiel: Postsektor . . . . .	33
3. Kritik . . . . .	34
III. Neue Verwaltungsrechtswissenschaft . . . . .	36
<i>C. Deregulierung, Privatisierung, Liberalisierung</i> . . . . .	39
I. Definitionen . . . . .	40
1. Deregulierung . . . . .	40
2. Privatisierung . . . . .	42
3. Liberalisierung . . . . .	44
II. Die politische Dimension der Deregulierung . . . . .	45
1. Wirtschaftliche Argumente . . . . .	45
2. Politische Argumente . . . . .	47
3. Hinweise aus normativer Perspektive . . . . .	48

III. Rechtliche Umsetzung von Deregulierungsmaßnahmen . . .	50
1. Unionsrechtlicher Rahmen . . . . .	50
2. Verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Rahmen . .	51
3. Umsetzungsinstrumente . . . . .	54
IV. Regulierungsrecht als Bindeglied . . . . .	55
1. Konzept des Regulierungsrechts . . . . .	56
2. Instrumente und Institutionen des Regulierungsrechts . .	60
3. Finalität der Regulierung . . . . .	61
<i>D. Flexibilisierung des Verwaltungshandelns . . . . .</i>	<i>63</i>
I. Handeln der Verwaltung in Privatrechtsform . . . . .	63
II. Insbesondere: Public Private Partnerships . . . . .	65
1. Definition . . . . .	65
2. Grundkonflikt . . . . .	68
3. Institutionalisierte PPP . . . . .	69
4. PPP auf Vertragsbasis . . . . .	71
III. Beispiel Autobahnmaut . . . . .	74
1. Rechtsgrundlagen der Autobahnmaut . . . . .	74
a) Das Modell . . . . .	74
b) Umsetzungsschwierigkeiten . . . . .	76
c) Schlüsse für eine Wende zum Privatrecht . . . . .	77
2. Zivilrechtliche Streitigkeiten im Entstehungsprozess . . .	78
a) Schadensersatzansprüche gegen Toll Collect . . . . .	78
b) Konfligierende Wettbewerbsinteressen . . . . .	80
aa) Service-Partner-Verträge . . . . .	81
bb) Fusionskontrollverfahren . . . . .	83
cc) Transaktionsmanager . . . . .	85
c) AGB von Toll Collect . . . . .	88
3. Rechtswegfragen . . . . .	91
IV. Legislatorischer Reformbedarf? . . . . .	93
<i>E. Publizierung des Privatrechts . . . . .</i>	<i>96</i>
I. Mechanismen der Publizierung . . . . .	96
II. Das Beispiel AGG . . . . .	98
III. Dogmatische Einordnung der Publizierungs-Kritik . . . . .	101
<i>F. Zusammenfassung . . . . .</i>	<i>105</i>
Kapitel 2. Methodik der evolutionären Rechtsprechungsanalyse . . .	107
<i>A. Grundriss der evolutionsökonomischen Methodik . . . . .</i>	<i>107</i>
I. Ausgangspunkte . . . . .	107

1. Evolution . . . . .	108
2. Eingeschränkte Rationalität . . . . .	109
3. Dynamik . . . . .	110
4. Wissen . . . . .	110
5. Institutionenökonomik . . . . .	111
II. Bausteine der evolutionsökonomischen Wirtschaftsanalyse . . . . .	112
1. Erkenntnisinteresse der Evolutionsökonomik . . . . .	113
2. Akteure, Elemente, Prozesse . . . . .	113
3. Strukturen und Ordnung . . . . .	115
III. Wissen und Wettbewerb als Fokalfpunkte evolutorischen Denkens . . . . .	117
1. Wissen und Unwissen . . . . .	117
2. Wissen im wirtschaftlichen Prozess . . . . .	119
3. Wettbewerb als Verfahren . . . . .	120
IV. Von Variation-Selektion zu Struktur und Ordnung . . . . .	122
1. Variations-Selektions-Paradigma . . . . .	122
2. Pfad- und Häufigkeitsabhängigkeit . . . . .	123
3. Entscheidungstheorie . . . . .	125
V. Anwendungsbeispiele evolutionsökonomischer Forschung . . . . .	127
1. Dynamik der Telekommunikationsindustrie . . . . .	127
2. Mobilfunk-Kooperationen . . . . .	129
3. Zusammenfassung . . . . .	131
<i>B. Rechtsprechung als Entdeckungsverfahren . . . . .</i>	<i>132</i>
I. Zivilgerichte als Akteure der Wirtschaftsordnung . . . . .	133
1. Das institutionelle Design nach der Wende zum Privatrecht . . . . .	133
2. Institutionenökonomische Einordnung . . . . .	135
3. Ökonomische Impact-Analyse . . . . .	136
II. Rechtsprechung als Wissensproblem . . . . .	139
III. Rechtsprechung als regelgebundenes Verfahren . . . . .	144
IV. Skizze einer evolutionären Rechtsprechungsanalyse . . . . .	147
1. Methodisches Vorgehen . . . . .	147
a) Vergleich und Kontextualisierung . . . . .	147
b) Zeitliche und inhaltliche Beschränkung . . . . .	148
c) Doppeltes Proxy-Problem . . . . .	149
2. Zentrale Fragestellung . . . . .	150
3. Schwerpunkte der Untersuchung . . . . .	151
a) Sachverhalt . . . . .	151
b) Argument . . . . .	153
c) Ergebnis . . . . .	155
V. „New Cases“ . . . . .	156

C. <i>Methodische Anknüpfungspunkte</i> . . . . .	159
I. Präzedenzfall-Diskussion . . . . .	159
II. Evolutionstheoretische Ansätze . . . . .	161
1. Evolutionäre Rechtsökonomik . . . . .	161
2. Ansätze zu evolutionären Rechtstheorien . . . . .	163
3. Theorien richterlicher Normbildung . . . . .	166
III. Methodische Konsequenzen evolutionären Rechtsdenkens . . . . .	167
1. Charakteristika der evolutionären Rechtstheorie . . . . .	167
2. Evolutionäre Rechtstheorie auf dem Prüfstand . . . . .	168
3. Selbstverständnis der Justiz – die <i>Hirsch-Rüthers</i> -Debatte . . . . .	169
Kapitel 3. Die vierfache Legitimation der Zivilrechtsprechung . . . . .	173
A. <i>Kriterien guter Rechtsprechung</i> . . . . .	173
I. Ansätze zur Urteilskritik . . . . .	174
1. Das Urteil im Zivilprozess . . . . .	174
a) Das Urteil zwischen Hoheitsgewalt und Parteibindung . . . . .	175
b) Alternativen der Streitschlichtung . . . . .	178
c) Rechtsdogmatische Legitimation der Urteilsanalyse . . . . .	183
d) Rechtspolitische Legitimation der Urteilsanalyse . . . . .	184
e) Individualpartizipation als demokratiepolitischer Trend . . . . .	186
2. Richtige Urteile? . . . . .	187
a) Mangelnde Kanonisierung der Urteilskritik . . . . .	188
b) Rechtmäßigkeit als alleiniger Maßstab? . . . . .	189
c) <i>Harts</i> Positivismus und <i>Dworkins</i> Herkules . . . . .	191
3. Ausbildungsmaßstäbe . . . . .	192
4. Reflexionen der Richterschaft . . . . .	193
5. Rechtstheoretische Anknüpfungspunkte . . . . .	195
a) Pragmatische Ansätze und Methodenlehre . . . . .	195
b) Theorie des richterlichen Entscheidens . . . . .	197
c) Diskurstheorie . . . . .	200
d) <i>Rawls</i> ' Vertragstheorie . . . . .	202
e) <i>Luhmanns</i> Verfahrenstheorie . . . . .	204
f) Ökonomische Analyse . . . . .	205
g) Zusammenfassung . . . . .	209
II. Ausgangspunkte einer legitimatorischen Urteilsanalyse . . . . .	211
1. Funktionaler Ansatz . . . . .	211
2. Klassische Prozesszwecktheorien . . . . .	212
3. Materieller Geltungsgrund . . . . .	215
4. Multiperspektivität . . . . .	217
III. Die vierfache Legitimation des Zivilurteils . . . . .	219

1. Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben . . . . .	219
2. Matrix der Legitimation . . . . .	221
3. Prinzip der Regulierungsbegrenzung durch dezentrale Einzelfallentscheidung . . . . .	222
<i>B. Funktionale Legitimation der Zivilrechtsprechung . . . . .</i>	<i>225</i>
I. Methodische Vorbemerkung . . . . .	225
II. Konfliktlösung als individueller Legitimationsgrund . . . . .	226
III. Befriedung als institutioneller Legitimationsgrund . . . . .	230
<i>C. Materielle Legitimation der Zivilrechtsprechung . . . . .</i>	<i>232</i>
I. Leitbildbindung als individueller Legitimationsgrund . . . . .	232
1. Interessen im Konflikt . . . . .	233
2. Leitbilder des Privatrechts . . . . .	233
a) Die Idee des Privatrechts . . . . .	235
b) Kerngedanken der Privatrechtsdogmatik . . . . .	236
c) Historische Einordnung . . . . .	237
II. Systemrelevanz als institutioneller Legitimationsgrund . . . . .	240
1. Die Idee der Systemrelevanz . . . . .	240
2. Grundlagen der Privatrechtsordnung . . . . .	241
3. Abgrenzung vom Öffentlichen Recht . . . . .	242
a) Ausgangspunkt . . . . .	242
b) Relevanz der Unterscheidung . . . . .	243
c) Dogmatische Unterscheidung . . . . .	244
d) Neuere Überlegungen . . . . .	249
aa) „Europäisches Gesellschaftsmodell“ . . . . .	251
bb) Wechselseitige Auffangordnungen . . . . .	252
cc) „Polykontextualität“ . . . . .	253
e) Der Eigenwert beider Teilrechtsgebiete . . . . .	254
III. System und Leitbild: Freiheit durch Bindung . . . . .	257
1. Privatautonomie und Gleichordnung . . . . .	257
2. Ordnende Bindungen des Zivilrechts . . . . .	263
3. Auf dem Weg in eine moderne Privatrechtsgesellschaft? . . . . .	272
4. Zusammenfassung . . . . .	273
<i>D. Legitimationsverschiebungen? . . . . .</i>	<i>275</i>
I. Europäisierung . . . . .	275
1. Einfluss des europäischen Rechts . . . . .	275
2. Dogmatische Konsequenzen . . . . .	277
II. Publizierung . . . . .	280
1. Elemente der Gemeinwohlberücksichtigung im Zivilprozess . . . . .	280
2. Dogmatische Konsequenzen . . . . .	283

III. Ökonomisierung . . . . .	286
1. Normatives Programm der Rechtsprechung . . . . .	287
2. Raum für ökonomische Folgenorientierung . . . . .	288
3. Praktikabilität der ökonomischen Analyse im Einzelfall . . . . .	290
E. Zusammenfassung . . . . .	291
 Kapitel 4. Rechtsprechung in post-deregulativen Konflikten . . . . .	295
A. <i>Methodische Vorbemerkungen</i> . . . . .	295
B. <i>Marktzutritt und Lauterkeit: Das Geschäftsmodell</i> „Billigvorbwahl“ . . . . .	298
I. Sachliche Problematik . . . . .	298
1. Die Öffnung der Telekommunikationsmärkte . . . . .	298
2. Call-by-Call und Preselection . . . . .	301
3. Gerichtliche Durchsetzung der Betreiber(vor)auswahl . . . . .	302
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	307
1. Das Unlauterkeitsmoment . . . . .	307
2. Belästigung und modernes Verbraucherleitbild . . . . .	312
3. Absicherung des Marktzutritts durch UWG . . . . .	314
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	319
1. Sachverhalt . . . . .	321
2. Anträge und Entscheidungen . . . . .	322
3. Unlauterkeitsauslösendes Element . . . . .	323
a) Darstellung . . . . .	323
b) Interpretation . . . . .	327
4. Feststellung der Belästigung . . . . .	330
a) Darstellung . . . . .	330
b) Interpretation . . . . .	331
5. Berücksichtigung von Marktzutrittsschranken . . . . .	336
6. Rezeption als Fortsetzung des Entdeckungsverfahrens . . . . .	337
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	340
V. Bewertung . . . . .	344
1. Konfliktschlichtung . . . . .	345
2. Befriedung . . . . .	347
3. Durchsetzung subjektiver Rechte . . . . .	348
4. Wertordnung und Systemgrundlagen . . . . .	350
5. Zusammenfassung . . . . .	350
C. <i>Rechtezuordnung und Verfahren: Die Marke „Post“</i> . . . . .	352
I. Sachliche Problematik . . . . .	352

1. Öffnung der Post-Märkte . . . . .	352
2. Gerichtliche Auseinandersetzungen im Postsektor . . . . .	356
3. Marken als Wettbewerbsparameter im Postsektor . . . . .	360
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	362
1. Güterzuordnung durch Markenrecht . . . . .	362
a) Markenfunktionen . . . . .	363
b) Einordnung des Markenrechts . . . . .	364
c) Legitimation des Markenrechts . . . . .	365
d) Kritik aus wettbewerblicher Sicht . . . . .	367
e) Verhältnis zu kartell- und lauterkeitsrechtlichen Regeln . . . . .	369
2. Wettbewerbliche Durchdringung markenrechtlicher Tatbestandsmerkmale . . . . .	372
a) Verkehrsdurchsetzung . . . . .	372
b) Beschreibende Angaben . . . . .	376
c) Gleichheitsgrundsatz und Markeneintragung . . . . .	379
3. Verfahrensrechtliche Aspekte . . . . .	381
a) Verfahrensvielfalt als Problem . . . . .	381
b) Abschreckungswirkung . . . . .	382
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	383
1. Sachverhalte und Verfahren . . . . .	383
2. Anträge und Entscheidungen . . . . .	384
a) Entscheidungen in den Verletzungsverfahren . . . . .	385
b) Entscheidungen im Eintragungsverfahren „Post“ . . . . .	392
c) Entscheidungen in anderen Eintragungsverfahren . . . . .	396
d) Zusammenfassung . . . . .	399
3. Güterzuordnung durch Markenrecht . . . . .	399
4. Wettbewerbliche Durchdringung markenrechtlicher Tatbestandsmerkmale . . . . .	402
5. Verfahrensrechtliche Aspekte . . . . .	410
6. Rezeption als Fortsetzung des Entdeckungsverfahrens . . . . .	413
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	415
V. Bewertung . . . . .	420
1. Konfliktschlichtung . . . . .	422
2. Befriedung . . . . .	424
3. Durchsetzung subjektiver Rechte . . . . .	425
4. Wertordnung und Systemgrundlagen . . . . .	426
5. Zusammenfassung . . . . .	428
D. Vertragsfreiheit und Ungleichgewichtslagen: Richterliche Gaspreiskontrolle . . . . .	428
I. Sachliche Problematik . . . . .	428

1. Öffnung der Energiemärkte . . . . .	430
2. Preisbildung und Preiskontrolle . . . . .	437
3. Konflikte mit Energieverbrauchern . . . . .	439
a) Die Stellung des Verbrauchers . . . . .	440
b) Konzepte des Verbraucherschutzes . . . . .	443
c) Der Energieverbraucher im Besonderen . . . . .	445
II. Dogmatische Herausforderungen . . . . .	447
1. Einordnung des § 315 BGB . . . . .	448
2. Schwierigkeiten der Preisbestimmung . . . . .	453
3. „Gegriffene Größen“ . . . . .	457
III. Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	463
1. Sachverhalt . . . . .	464
2. Anträge und Entscheidungen . . . . .	464
3. Anwendung von § 315 BGB in Gaspreisfällen . . . . .	476
a) Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	477
b) Interpretation . . . . .	484
4. Aspekte von „Billigkeit“ . . . . .	488
a) Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung . . . . .	488
b) Interpretation . . . . .	492
IV. Hypothesen zum gerichtlichen Vorgehen . . . . .	496
V. Bewertung . . . . .	500
1. Konfliktschlichtung . . . . .	501
2. Befriedung . . . . .	504
3. Durchsetzung subjektiver Rechte . . . . .	504
4. Wertordnung und Systemgrundlagen . . . . .	508
5. Zusammenfassung . . . . .	510
<i>E. Quervergleich . . . . .</i>	<i>510</i>
I. Vorgehen der Zivilgerichte . . . . .	511
II. Bewertung der zivilgerichtlichen Tätigkeit . . . . .	514
III. Methodische Nachbetrachtung . . . . .	517
 Kapitel 5. Der Weg zur Freiheitsordnung des Privatrechts . . . . .	 521
A. Reformbedarf auf dem Weg zur Privatrechtsordnung . . . . .	521
I. Wettbewerb der Konfliktlösungsmechanismen . . . . .	522
II. Reformbedarf . . . . .	524
1. Gravierende Schwächen der zivilgerichtlichen Rechtsdurchsetzung . . . . .	524
2. Übertragbarkeit der Ergebnisse . . . . .	525

3. Insbesondere: Verfahrensdauer . . . . .	526
III. Materiellrechtliche Vorschläge . . . . .	529
<i>B. Verfahrensrechtliche Agenda</i> . . . . .	531
I. Fast-Track-Modell . . . . .	532
1. Prinzipien . . . . .	532
2. Anknüpfungspunkte im geltenden Verfahrensrecht . . . . .	536
3. Existierende „Fast-Track-Modelle“ . . . . .	540
II. Muster-Modell . . . . .	543
1. Prinzipien . . . . .	543
2. Anknüpfungspunkte im geltenden Verfahrensrecht . . . . .	545
3. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz und kollektive Rechtsdurchsetzung . . . . .	549
a) Kapitalanlegerschutz . . . . .	549
b) Bündelung von Verbraucherinteressen . . . . .	551
III. Parameter zivilprozessualer Reformen . . . . .	553
1. Verfahrensrecht und Evolution . . . . .	554
2. Verfahrensrecht und ökonomische Analyse . . . . .	554
3. Ressourcen der Justiz und alternative Streitbeilegung . . . . .	554
4. Missbrauch von Recht . . . . .	555
5. Private Rechtsdurchsetzung und materielles Recht . . . . .	555
<i>C. Privatrechtsordnung, Steuerung und Selbstbestimmung</i> . . . . .	556
I. Privatrechtsordnung und Steuerung . . . . .	557
1. Steuerungsverlust . . . . .	557
2. Steuerungs Glaube . . . . .	558
3. Zur Paradoxie von Steuerungsverlust und Steuerungs Glaube . . . . .	560
II. Privatrechtsordnung und Selbstbestimmung . . . . .	561
Literaturverzeichnis . . . . .	565
Stichwortverzeichnis . . . . .	597



„Das größte Problem für die Menschengattung, zu dessen Auflösung die Natur ihn zwingt, ist die Erreichung einer allgemein das Recht verwaltenden bürgerlichen Gesellschaft. Da nur in der Gesellschaft und zwar derjenigen, die die größte Freiheit, mithin einen durchgängigen Antagonismus ihrer Glieder und doch die genaueste Bestimmung und Sicherung der Grenzen dieser Freiheit hat, damit sie mit der Freiheit anderer bestehen könne, – da nur in ihr die höchste Absicht der Natur, nämlich die Entwicklung aller ihrer Anlagen, in der Menschheit erreicht werden kann, die Natur auch will, daß sie diesen so wie alle Zwecke ihrer Bestimmung sich selbst verschaffen solle: so muß eine Gesellschaft, in welcher Freiheit unter äußeren Gesetzen im größtmöglichen Grade mit unwiderstehlicher Gewalt verbunden angetroffen wird, d.i. eine vollkommen gerechte bürgerliche Verfassung, die höchste Aufgabe der Natur für die Menschengattung sein.“

*Immanuel Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784)



# Einleitung

In dieser Schrift wird die These vertreten, dass Zivilgerichte zu einer zentralen Ordnungsinanz der Wirtschaft geworden sind, diese Rolle aber aus verfahrensrechtlichen Gründen nur mangelhaft ausfüllen. In materiellrechtlicher Hinsicht ist das Privatrecht grundsätzlich geeignet, die wesentlichen Ordnungsparameter für wirtschaftliches Handeln zu setzen. Es ist dazu aber erforderlich, das Leitbild der privatrechtlichen Dogmatik zu erweitern: Die Zivilgerichte müssen in der Anwendung des Privatrechts auch die Grundlagen der privatrechtlichen Ordnung schützen. Nur wenn das Zivilverfahren reformiert wird und die Gerichte sich ihrer Ordnungsaufgabe bewusst sind, ist das gestiegene Vertrauen in privatrechtliche Ordnungen gerechtfertigt.

Die Argumentation zugunsten einer privatrechtlich verfassten Wirtschaftsordnung mit den Zivilgerichten als dezentralen Regelungsinstanzen wird durch eine Analyse der Rechtsprechung des BGH in post-deregulativen Streitigkeiten gestützt. Dabei geht es um Konflikte, die nach Deregulierungsmaßnahmen erstmals privatrechtlich zu lösen waren.

Zwei Forschungsfragen leiten die Analyse:

1. Wie gehen die Zivilgerichte bei der Lösung post-deregulativer Konflikte vor?
2. Wie ist die Rechtsprechung der Zivilgerichte in post-deregulativen Konflikten zu bewerten?

Für die Rechtsprechungsanalyse wird eine Methodik angewendet, die von der Evolutionstheorie geprägt ist (sog. evolutionäre Rechtsprechungsanalyse). Die Bewertung erfolgt anhand eines hier entwickelten Maßstabs, der von einer doppelten Legitimation der zivilgerichtlichen Rechtsprechungstätigkeit durch die Interessen der Rechtssuchenden sowie jener des Gemeinwesens ausgeht.

\*\*\*

Die erste Forschungsfrage (Wie gehen die Zivilgerichte bei der Lösung von post-deregulativen Konflikten vor?) rückt in den Fokus, was privatrechtliche Konfliktentscheidung in der Praxis der Rechtsprechung bedeutet. So wird eine funktionale Analyse der Rechtsprechungstätigkeit angestrebt. Welche Orientierungspunkte wählen Richterinnen und Richter? Was prägt ihr Vorgehen? Welche Muster der Fall-Entscheidung lassen sich erkennen? Was bedeutet dies für die Beteiligten? Diese Fragen werden durch die Analyse konturiert und

beantwortet. Streitigkeiten, die nach Deregulierungsmaßnahmen der Domäne des Privatrechts zugeordnet werden, und die zuvor öffentlich-rechtlich gelöst wurden oder gar nicht erst entstehen konnten, bieten besonders geeignetes Anschauungsmaterial, da sie erst noch von der Rechtsprechung privatrechtlich durchdrungen werden müssen.

Der rechtstatsächliche Hintergrund dieser Forschungsfrage ist die steigende Bedeutung privatrechtlicher Regelungen. Zwischen 2003 und 2012 hat sich der Bundesgerichtshof in über 30 Entscheidungen mit Fragen der vertragsrechtlichen Energiepreiskontrolle befasst.<sup>1</sup> Im gleichen Zeitraum lag dem Gericht zehn Mal die Frage vor, wie der Begriff „Post“ markenmäßig geschützt ist.<sup>2</sup> Immer mehr Projekte der öffentlichen Hand werden in Zusammenarbeit mit Unternehmen als Public Private Partnerships durchgeführt; die Autobahn-Maut ist das bekannteste Beispiel dafür. Von Energiewirtschaft über Post bis Autobahnbau – Deregulierungsmaßnahmen und die Flexibilisierung staatlichen Handelns haben drastisch zugenommen. Diese *Wende zum Privatrecht* führt nicht etwa zu einem institutionellen Vakuum, in dem keine ordnenden Instanzen mehr tätig werden. Für Grenzziehungen anhand von Gesetzen sind in zunehmendem Maße die Zivilgerichte zuständig, die an die Stelle von regelnden Behörden treten und Konflikte befrieden müssen, die aus der freien Interessenkoordination der Marktteilnehmer erwachsen. Ein Anliegen dieser Arbeit ist es, den Fokus auf diese Tätigkeit der Zivilgerichte zu lenken. Ihre Macht als Ordnungsinstanzen der Wirtschaft wird bislang unterschätzt.

Diese Macht wird vom deutschen und europäischen Gesetzgeber zudem durch die Förderung privater Rechtsdurchsetzungsmechanismen gestärkt. Statt hoheitliche Ge- und Verbote zu erlassen, werden Bürgern und Unternehmen immer häufiger Ansprüche zugewiesen und Verfahrenserleichterungen gewährt, die einen Anreiz bieten sollen, diese Ansprüche privatrechtlich durchzusetzen. Die Gesetzgeber versprechen sich davon, eine Durchsetzung öffentlicher Interessen im Eigeninteresse der nicht-staatlichen Kläger. Beispiele für eine Aufladung des Privatrechts mit öffentlichen Interessen (Publizierung) sind in der Anti-Diskriminierungsgesetzgebung ebenso zu finden wie im Lauterkeits- oder im Kartellrecht. Diese Entwicklung trifft auf ein ausgeprägtes Bedürfnis nach individueller Partizipation in der Gesellschaft: Der Rechtsweg wird als Mittel in der demokratischen Auseinandersetzung, etwa um Großprojekte, wahrgenommen, der gleichberechtigt neben politischen Demonstrationen oder Formen der Bürgerbeteiligung steht.

Die Wende zum Privatrecht und damit die gestiegene Bedeutung der Zivilgerichte sind die Ausgangspunkte dieser Schrift. Anders als in zahlreichen verfassungsrechtlich geprägten Publikationen der vergangenen Jahre wird aber

---

<sup>1</sup> Infra, Kapitel 4, Teil D.

<sup>2</sup> Infra, Kapitel 4, Teil C.

hier nicht der Wandel des Staatsverständnisses in den Mittelpunkt der Untersuchung gerückt. Vielmehr geht es um einen genuin zivilrechtlichen und zivilverfahrensrechtlichen Ansatz: Welche Chancen und Probleme bringt ein privatrechtliches Ordnungsmodell mit Zivilgerichten als dezentralen Regelungsinstanzen mit sich?

\*~\*~\*

Die zweite Forschungsfrage dieser Arbeit schließt an die Erkenntnisse zum Vorgehen der Zivilgerichte an. Sie lautet: Wie ist die Rechtsprechung der Zivilgerichte in post-deregulativen Konflikten zu bewerten?

Damit wird die Problemlösungsfähigkeit der Zivilgerichte in deregulierten Branchen thematisiert. Die Antwort auf diese Frage ist von großem Interesse. Von der Qualität der Rechtsprechung hängt ab, ob die Wende zum Privatrecht zu einem normativen Programm erhoben werden sollte. Die faktische Tendenz, das Privatrecht und damit die Zivilgerichte immer stärker zu fördern, sagt nichts über die Sinnhaftigkeit der Wende zum Privatrecht. Sollte die Wirtschaftsordnung durch Zivilgerichte erfolgen? Ist die private Rechtsdurchsetzung gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Regelung vorzugswürdig? Die rechtspolitische Diskussion über „private enforcement“ und die Ordnung der Wirtschaft kann nur dann aufrichtig geführt werden, wenn sie durch die Erfahrungen, die bisher mit privater Rechtsdurchsetzung gesammelt wurden, unterfüttert wird.

Wenn Bürger in Deutschland danach gefragt werden, wie sehr sie Institutionen vertrauen, schneiden Gerichte stabil mit vergleichsweise guten Werten ab.<sup>3</sup> Die Reputation der Gerichte ist demnach hoch. Das überrascht angesichts des Vertrauensverlusts, den andere staatliche Instanzen im Laufe der letzten Jahrzehnte erlitten haben. Ein genauerer Blick erschüttert jedoch den positiven Gesamteindruck: In einer 2011 durchgeführten repräsentativen Umfrage stimmten nur 19 Prozent der Befragten der Aussage zu: „Die Gerichte arbeiten gründlich und gewissenhaft.“<sup>4</sup> Nur 22 Prozent meinten: „Bei deutschen Gerichten kann man sich darauf verlassen, dass alles mit rechten Dingen zugeht.“<sup>5</sup> 76 Prozent teilten die Ansicht, dass Verfahren zu lange dauern, 65 Prozent stimmten der Aussage zu, der Ausgang des Prozesses hänge

---

<sup>3</sup> Im Roland Rechtsreport, dem eine repräsentative Umfrage des Allensbach-Instituts für Demoskopie zugrunde liegt, gaben 60 Prozent der Befragten an, sie hätten sehr viel oder ziemlich viel Vertrauen in die Gerichte, vgl. Roland Rechtsreport 2011, 2011, S. 13. Vergleichswerte: Bundesregierung 28 Prozent, große Wirtschaftsunternehmen 32 Prozent, Verwaltung 38 Prozent, Gewerkschaften 43 Prozent, Polizei 73 Prozent, kleine und mittlere Unternehmen 77 Prozent, siehe ebd., S. 12 ff.

<sup>4</sup> Ebd.

<sup>5</sup> Ebd.

davon ab, ob man sich einen bekannten Anwalt leisten könne.<sup>6</sup> Diese Detailaufnahmen, die in sichtbarem Kontrast zur allgemeinen Einschätzung der Gerichte stehen, belegen, wie dringend das Wirken der Zivilgerichte qualitativ zu hinterfragen ist.

Einen aktuellen Reibungspunkt zum Trend, private Rechtsdurchsetzung als ordnungsbildenden Faktor zu fördern, bildet die Renaissance des Vertrauens in die Macht des Nationalstaats, die seit der Finanzkrise 2007/2008 zu beobachten ist. Der Finanzsektor, der immer als ein von Regulierung besonders freier Bereich gegolten hatte, war teilweise kollabiert. Ein Zusammenhang zwischen der Deregulierung und dem Zusammenbruch der Finanzmärkte drängte sich auf; Privatisierungs- und Deregulierungsmaßnahmen werden seither wieder kritischer betrachtet.<sup>7</sup> Zur Lösung der Krise wurde weder auf die zuvor so populäre Selbstregulierung der Wirtschaft gesetzt noch auf private Schadensabwicklung. Selbst internationale Institutionen spielten – zumindest in der öffentlichen Wahrnehmung – eine untergeordnete Rolle. Stattdessen wirkt es so, als könnten nationale Politik und hoheitliche Regulierung die Krisen lösen. So wurden insbesondere Re-Regulierungen vorgenommen und Überwachungs- und Sanktionsinstrumente verschärft. Die Finanzkrise reaktivierte geradezu interventionistische und paternalistische Ordnungsmuster.

Dies ist erstaunlich, immerhin waren solche Mechanismen aus der Mode gekommen, ihre Effizienz war zuvor immer wieder in Frage gestellt worden. Dass mit diesen die Krisen zu bewältigen sind, ist zwar nicht ersichtlich; der Glaube an eine privatrechtliche Ordnung wurde aber gleichermaßen erschüttert. Wer in der Marktwirtschaft auf privatrechtliche Ordnungsmodelle setzen will, muss sich daher neu legitimieren. Hierzu vermag die Antwort auf die zweite Forschungsfrage nach der Qualität der wichtigsten Ordnungsinstanzen in einem privatrechtlichen Modell, der Zivilgerichte, Material liefern.

\*\*\*

Die Forschungsfragen werden anhand praktischer Beispiele erörtert. Drei post-deregulative Fall-Konstellationen werden in dieser Schrift vorgestellt. Zunächst werden Hypothesen zum Vorgehen der Rechtsprechung anhand von Streitigkeiten entwickelt, die zwischen Wettbewerbern in der Telekommunikationsbranche entbrannt waren. Nach der Deregulierung der Telekom-

---

<sup>6</sup> Ebd.

<sup>7</sup> Laut einer Umfrage des Instituts für Demoskopie Allensbach sah 2012 erstmals eine Mehrheit der Westdeutschen die Marktwirtschaft kritisch, berichtet in *Wirtschaftswoche* Nr. 46 vom 12.11.2012, S. 8 („Im Westen was Neues“).

munikation versuchte die Deutsche Telekom AG, der etablierte Betreiber (*In-cumbent*), Wettbewerber vom Markt der Festnetztelefonie fernzuhalten. Einer der Schauplätze dieser Auseinandersetzung war der Bereich der rechtlichen Beurteilung von Werbemaßnahmen. Nach der Deregulierung kam als neuartige Werbemaßnahme die Direktansprache von Passanten auf öffentlichen Plätzen auf. Im persönlichen Gespräch sollten Kunden davon überzeugt werden, auf „Preselection“-Einwahlverfahren umzustellen, eine Form von Billigvorwahl bei der Festnetztelefonie. Die Gerichte mussten über die Zulässigkeit des Direktmarketings nach den Maßstäben des Lauterkeitsrechts urteilen. Dogmatisch werfen die Fälle Fragen nach dem Interessenausgleich zwischen verschiedenen Teilnehmern im Wirtschaftsverkehr und den Grenzen der Freiheitsausübung auf. Verfahrensrechtlich ist der für das Lauterkeitsrecht typische einstweilige Rechtsschutz Ausgangspunkt dieser Fälle.

Der zweite Fall-Komplex betrifft Markenrechte von Briefzustell-Unternehmen. Die Deutsche Post AG, Nachfolgeunternehmen der früher monopolistisch agierenden Bundespost, wehrte sich gegen neue Briefzustelldienste, die Kennzeichen verwendeten, in denen der Begriff „Post“ vorkam, etwa „TNT Post“. Das Zeichen „Post“ versuchte der etablierte Betreiber dagegen für sich zu sichern. In der markenrechtlichen Beurteilung dieser Fälle musste die privatrechtliche Güterzuordnung thematisiert werden. Eine besondere Komponente dieser Fälle sind die Parallelität zahlreicher Verfahren sowie das Zusammenspiel von registerrechtlichen Entscheidungen und markenrechtlichen Verletzungsverfahren.

Im dritten Fall-Komplex stehen sich nicht Unternehmen gegenüber sondern Unternehmen und Verbraucher. Analysiert wird die Rechtsprechung zur vertragsrechtlichen Energiepreiskontrolle, die sich in unzähligen Verfahren niedergeschlagen hat. Die Gerichte lösten diese Fälle weitgehend über § 315 BGB, eine selten angewendete, aber dogmatisch bemerkenswerte Norm des BGB. Auch in dieser Konstellation ist die Vielzahl der Entscheidungen, aber auch die kollektive Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche ein Thema.

Die erste Forschungsfrage zum Vorgehen der Gerichte setzt eine Methodik voraus, die von hergebrachten Mustern der Rechtsprechungsanalyse abweicht. Die Auswertung von Entscheidungen wird bislang häufig auf das materiellrechtliche Ergebnis zu einem statisch festgelegten Zeitpunkt ausgerichtet. Regelmäßig ist ein Urteil Gegenstand der Rechtsprechungsanalyse, und es wird implizit behauptet, mit diesem Urteil sei die zugrundeliegende Rechtsfrage geklärt worden.

Diese Vorstellung von Rechtsprechung geht fehl. Der hier entwickelte methodische Ansatz der Rechtsprechungsanalyse weicht von der Methodik klassischer Urteilsbesprechungen erheblich ab. Vorgestellt wird eine evolutionäre Rechtsprechungsanalyse, die methodische Anleihen bei der wirtschaftswissenschaftlichen Forschungsrichtung der Evolutionsökonomik nimmt. Die wesentliche Prämisse dieser Methodik ist, dass Rechtsprechung ein andauern-

des „Entdeckungsverfahren“<sup>8</sup> ist: Gerichte stehen bei der Fall-Lösung vor Wissensproblemen, die sie durch einen Suchprozess zu lösen versuchen. Innerhalb dieses Suchprozesses werden Tatsachen und rechtliche Innovationen entdeckt. Selbst wenn eine Rechtsfrage mehrfach in kurzen Abständen Gegenstand von BGH-Entscheidungen ist und sich die Gesetzeslage nicht verändert hat, kommt der BGH zu unterschiedlichen Einsichten. Der Gerichtshof lernt dauernd dazu und entdeckt immer neue Aspekte, sodass sich Rechtsprechung fortentwickelt und damit auch die Wirtschaftsordnung neu konfiguriert wird.

Ist Rechtsprechung aber ein solches Entdeckungsverfahren, verschiebt sich für die Rechtswissenschaft das Erkenntnisinteresse: Nicht mehr nur das (für die Parteien weiterhin sehr relevante) Ergebnis verlangt Aufmerksamkeit, sondern auch der Weg zu diesem Ergebnis und die Prinzipien der Entscheidungsfindung. Wenn sich Marktteilnehmer auf die Wirtschaftsordnung einstellen wollen, hilft es ihnen eher, die strukturellen Parameter des rechtlichen Wandels zu analysieren als eine konkrete Fallentscheidung.

Diese Wahrnehmung führt notwendig zu einer evolutionären Methodik, mit der sich Suchprozesse abbilden und analysieren lassen. Die evolutionäre Ökonomik, die dieses Vorgehen für die Wirtschaft entwickelt hat, greift dazu auf Erkenntnisse wie das aus der Evolutionsforschung bekannte Variations-Selektions-Paradigma zurück. So wird das Augenmerk auf Entwicklungen im Recht, also Innovationen, und auf die Funktionsmechanismen einer komplexen Ordnung gelenkt. Mit dieser Schrift wird so auch belegt, dass eine evolutionäre Perspektive der Rechtswissenschaft zu neuen Erkenntnissen verhelfen kann.

\*\*\*

Wer die Rechtsprechung jenseits von Rechtmäßigkeitsmaßstäben analysieren will, muss sich zu einem qualitativen Maßstab bekennen. Wie kann über Gerichte gerichtet werden? Für die Maßstabsproblematik liefert die vorliegende Arbeit einen neuen Ansatz. Entwickelt wird ein Modell der Legitimation von Rechtsprechung, das von vier Säulen getragen wird: Die Zivilgerichte sind für ihre Tätigkeit legitimiert durch den Verfassungsgeber, welcher die Rechtsprechung mit besonderen Aufgaben im Gemeinwesen betraut hat. Zugleich sind Zivilgerichte aber legitimiert durch die Anrufung durch die individuelle Prozesspartei im Einzelfall – wo kein Kläger, da keine Richter. Sowohl der Verfassungsgeber als auch die privaten Parteien richten bestimmte Erwartungen an die Zivilgerichte, von deren Erfüllung die Legitimation der Rechtsprechung abhängt. Zivilgerichte haben zum einen eine formale Funktion auszufüllen,

---

<sup>8</sup> Nach *Hayek*, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, 1968, S. 3. *Schmidt* schreibt die Idee von Rechtsfortbildung als Entdeckungsverfahren bereits *Jhering* zu, vgl. *Schmidt* in: Behrends, Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, 1993, S. 77, 87.

nämlich aus Sicht der Parteien, den Konflikt zu entscheiden, und aus Sicht des Verfassungsgebers, die Gesellschaft zu befrieden. Zum anderen ist an die Gerichte aber auch eine materielle Erwartung gerichtet, denn die Maßstäbe, nach denen die Gerichte vorgehen, folgen bestimmten Werten. Der Verfassungsgeber erwartet von den Gerichten die Durchsetzung seiner Wertordnung. Die private Klagepartei erwartet die Entscheidung anhand eines bestimmten Leitbilds. Aus dieser funktionalen wie materiellen, individuellen wie institutionellen Legitimation heraus lassen sich Kriterien für gute Rechtsprechung entwickeln. Wenn die Erwartungen des Verfassungsgebers und der privaten Prozessparteien erfüllt werden, ist die Rechtsprechung auch qualitativ, nicht nur formal legitimiert.

Die Erarbeitung des Legitimationsmodells bringt es mit sich, dass die Erwartungen des Verfassungsgebers und der privaten Parteien an die zivilgerichtliche Konfliktlösung ausformuliert werden müssen. Diese Aufgabe ist eine notwendige Überforderung in zweierlei Hinsicht: Zum einen sind die Ansätze im Schrifttum so vielfältig, dass jede Auswahl willkürlich erscheinen muss. Zum anderen handelt es sich um eine Aufgabe, die nicht ohne normative Wertungen vorgenommen werden kann. Ein Anspruch auf Letztbegründbarkeit kann demnach nicht erhoben werden.

Das hier vorgestellte Legitimationsmodell bietet aber einen Rahmen, um den gesellschaftlichen Diskurs über Leistungen und Defizite der zivilgerichtlichen Konfliktlösung zu führen. Das Modell wird durch vier Besonderheiten akzentuiert: Erstens wird der Stellenwert der individuellen Legitimation eines Urteils durch den Rechtssuchenden, der das Verfahren angestrengt hat, betont. Zweitens wird das privatrechtliche Leitbild von *Freiheit und Bindung* ins Zentrum der Überlegungen gestellt. Drittens wird dieses Leitbild erweitert durch den Gedanken, dass Gerichte die systemrelevanten Grundlagen ihrer Tätigkeit und der freien Interessenkoordination in der Privatrechtsordnung sichern müssen. Anhand der Systemrelevanz von Interessen kann eine Grenze zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht gezogen werden. Viertens wird aufgezeigt, wie sich ökonomische Erwägungen in die Rechtsprechung integrieren lassen, ohne dass es zu einem Systembruch kommt.

\*\*\*

Damit ist das Forschungsprogramm dieser Schrift skizziert: Es geht darum, die Wende zum Privatrecht in ihrer institutionell-praktischen Bedeutung zu erfassen. Das bedeutet, dass die Funktionsweise zivilgerichtlicher Konfliktlösung analysiert und mit Blick auf ihre Legitimation hin bewertet wird. Dazu werden konsequent eine evolutionäre Methodik und ein Legitimationsmodell zur Bewertung von Rechtsprechung angewendet, die sich in dieser Anwendung bewähren müssen.