

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 11/2014

Regulierung durch Privatrecht

Folgenorientierung in der Privatrechtswissenschaft als
Konsequenz latenter oder intendierter Verhaltenssteuerung
durch privatrechtliche Normen

Tobias Tröger^{*}

Zusammenfassung: Der Beitrag zeigt, dass zivilrechtliche (Sanktions-)Normen verhaltenssteuernd wirken und Marktstrukturen beeinflussen, i.e. sie haben regulierende Wirkung. Die angemahnte Konsequenz dieser Beobachtung liegt darin, dass sich eine zeitgenössische Zivilrechtswissenschaft für eine methodisch abgesicherte Folgenbeurteilung bei der Rechtsanwendung öffnet, d.h. diese bereits bei der Interpretation der *lex lata* berücksichtigt. Wie dieses Desiderat umgesetzt werden kann, wird anhand von drei einschlägigen Beispielen illustriert. Dabei zeigt sich, dass nicht verkannt werden darf, dass die funktionale Betrachtung jenseits des Wirtschafts- und bürgerlichen Vermögensrechts an Grenzen stoßen kann. Dies kann aber nicht abstrakt behauptet, sondern muss stets konkret begründet werden, um den dann angezeigten Methodenwechsel zu rechtfertigen.

^{*} Dr. iur., LL.M. (Harvard), Universitätsprofessor an der Goethe Universität Frankfurt, Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie.

I. Der Begriff der Regulierung und das klassische Privatrechtsverständnis

2. Gesamtgesellschaftliche Steuerungsziele und privatrechtliche Handlungsformen zur ihrer Verwirklichung

In der deutschen Rechtswissenschaft wird die Verfolgung von heteronomen Steuerungszielen mehr oder weniger rigoros als Aufgabe (nur) des öffentlichen Rechts betrachtet, wobei innerhalb des *ius publicum* vor allem das Wirtschaftsverwaltungsrecht als berufen angesehen und untersucht wird. Exemplarisch heißt es in einem Standardwerk:

„Regulierung ist hoheitliches Handeln, mit dem die Verwaltung auf einen Wirtschaftssektor einwirkt, um sowohl Bedingungen für Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten als auch anstelle einer staatlichen Eigenvornahme die Gemeinwohlsicherung im betreffenden Sektor zu garantieren.“¹

Dabei steht die (deutsche) Rechtswissenschaft mit ihrem Fokus auf hoheitliche Handlungsformen und Akteure keinesfalls allein, wie der Blick auf eine einflussreiche soziologische Untersuchung des Themas belegt, in der Regulierung als „sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are valued by a community“² bezeichnet wird. Gleichwohl erhellt der Blick über die Disziplingrenzen, dass gerade in den Sozialwissenschaften, insbesondere der Neuen Institutionenökonomik, aber auch der zeitgenössischen Soziologie, ein sehr viel weiteres Begriffsverständnis begegnet, wonach als Regulierung sämtliche unmittelbar oder mittelbar verhaltensbeeinflussenden Regeln anzusehen sind, die auf willentlichen

¹ *Ruffert* in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2012, § 21 Rn. 1 in Anknüpfung an *Ruffert* in Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 7 Rn. 53. Zur so gekennzeichneten „Regulierungsverwaltung“, wie sie v.a. in Netzwerkindustrien begegnet, z.B. auch *Masing*, Die Verwaltung 37 (2003) 1; *ders.* in: Verhandlungen des 66. DJT, 2006, Bd. I, Gutachten D, S. 9 ff.; allgemein auch *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266.

² *Selznick* in: Noll (Hrsg.), Regulatory Policy and the Social Sciences, 1985, S. 363.

hoheitlichen Einfluss zurückgehen.³ Mit einer solchen, v.a. im Hinblick auf die zur Zielverwirklichung eingesetzten Handlungsformen sehr offenen Begriffsbildung lässt sich auch die heteronome Verhaltenslenkung mit den Mitteln des Privatrechts konzeptionell ohne Weiteres erfassen:⁴ das Privatrecht wird zu einem der verfügbaren Mittel zur Erreichung gesamtgesellschaftlicher Steuerungsziele; die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen mit dieser Zielsetzung ist dann eine (begründungsbedürftige) Zweckmäßigsfrage im Rahmen eines umfassenden Institutionenvergleichs.⁵

Die Begriffsbildung bleibt allerdings formelle Fingerübung, wenn ihr keine deskriptive oder gar normative Qualität für die *lex lata* zukommt, wenn also die Privatrechtsordnung tatsächlich keine heteronomen Steuerungsziele verfolgt oder doch dies zumindest aus materiellen Gründen nicht tun sollte. Genau dies postuliert aber eine tradierte Strömung in der deutschen Jurisprudenz, die das Privatrecht als von gemeinwohlorientierten Steuerungszielen möglichst freizuhaltende, allein an den Interessen der betroffenen Rechtssubjekte orientierte Ordnung privater Lebensverhältnisse betrachtet.⁶ Exemplarisch und mit besonderer Heftigkeit wird diese Konzeption im privaten Haftungsrecht verteidigt, wenn der von §§ 249 ff. BGB angeordnete, kompensatorische Schadensersatz als Ausdruck einer allein den Ausgleich zwischen den Beteiligten tragenden *iustitia correctiva* angesehen wird,⁷ und mit zum Teil polemischem Duktus Auffassungen abgelehnt werden, die demgegenüber (auch) gesamtgesellschaftlich wünschenswerte Präventionsziele⁸ der zivilrechtlichen Sanktion betonen.⁹

³ So v.a. *Baldwin/Cave/Lodge*, *Understanding Regulation*, 2. Aufl., 2011, S. 3; ähnlich aber auch schon *Ogus*, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, 1994, S. 1.

⁴ Exemplarisch hier nur die Definition von *Hoffmann-Riem*, in: Bora/Reinhardt/Henkel (Hrsg.), *Wissensregulierung und Regulierungswissen*, 2014, (im Erscheinen): intendierte, staatlich verantwortete Verhaltensbeeinflussung über das Medium Recht zur Verwirklichung von Gemeinwohlzielen.

⁵ Zum hier zugrundeliegenden Verständnis, nach dem eine Institution ein Normbestand einschließlich seiner Durchsetzungsinstrumente ist, der als Spielregel individuelles Verhalten steuert, z.B. *North*, 84 *Am. Econ. Rev.* 359 (1994).

⁶ Vgl. auch *Westermann*, *AcP* 208 (2008) 141.

⁷ *Honsell*, 2. Festschrift für Theo Mayer-Maly, 2002, S. 287, 300 ff.; *Honsell*, Festschrift für Harm Peter Westermann, 2008, 315, 335; siehe auch *F.Bydlinsky*, *AcP* 204 (2004) 309, 345; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht* II/2, 13. Aufl., 1994, § 76 III 4 h), S.417. Auch im angelsächsischen Rechtskreis findet sich der ausdrückliche Rückgriff auf die aristotelesische *iustitia correctiva* im Zusammenhang mit dem *tort law* z.B. *Weinrib*, 77 *Iowa L. Rev.* 403, 411 ff. (1992); *Weinrib*, 44 *Duke L.J.* 277, 282 ff. (1994); *Coleman*, 37 *Ariz. L. Rev.* 15, 27 (1995).

⁸ Zurückgehend auf *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 26 ff. wird das Ziel in der Rechtsökonomik als ressourcenschonende Kostenminimierung beschrieben, wobei

2. Folgerorientierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft

Dabei darf der rechtstheoretische Meinungsstreit keinesfalls dahingehend missdeutet werden, dass die tradierte Sicht eine Folgeorientierung der Rechtswissenschaft ablehnt – auch die systembildende, d.h. den Zusammenklang von System und Telos im positiven Recht gewährleistende Dogmatik¹⁰ betont die Bedeutung „gerechter“ Falllösungen.¹¹ In diesem Sinne ist auch die überkommene Methodenlehre durchaus (eingeschränkt) konsequentialistisch;¹² für die zivilrechtliche Praxis gilt dies ohnehin in weit

zwischen primären, sekundären und tertiären Kosten von schädigenden Ereignissen unterschieden wird. Unter primären Kosten sind die durch das schadenstiftende Ereignis bei den Betroffenen drohenden Einbußen zu verstehen, mit anderen Worten die Anzahl und das Ausmaß der drohenden Schäden (ibid., S. 26 f.). Sekundäre Kosten sind dadurch verursacht, dass im Fall des Schadenseintritts die Einbuße von den Mitgliedern der Gesellschaft zu tragen ist und sich die Individuen in ihrer Fähigkeit unterscheiden, antizipierte Risiken zu tragen (ibid., S. 27 f.). Es geht also um das Problem effizienter Risikoverteilung. Unter tertiären Kosten sind schließlich diejenigen Einbußen zu verstehen, die der Gesellschaft durch die jeweilige Abwicklung des Schadensereignisses entstehen (ibid., S. 28). Zum Ganzen auch *H.-B.Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse, 4. Aufl., 2005, S. 129 ff.

⁹ Im Sinne eines solchen normativen, die Interpretation des geltenden Haftungsrechts insgesamt prägenden Leitgedankens insbesondere *Kötz*, Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 643; *Kötz/G.Wagner*, Deliktsrecht, 12. Aufl., 2013, Rdnr. 59 ff.; *H.-B.Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. 2005, S. 125 ff.; *G.Wagner*, AcP 206 (2006) 352, 451 ff.; *G.Wagner*, Gutachten A, 66. DJT, 2006, S. A 77 ff. (im Hinblick auf superkompensatorischen Schadensersatz); *G.Wagner* in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, Vor. § 823 Rdnr. 41.

¹⁰ Vgl. nur die Beschreibungen des Gegenstands der Disziplin („Jurisprudenz im engeren Sinn“) in den Standardwerken bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 189; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 11 ff.; *F.Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 8 ff. Vgl. auch *Ernst* in: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3, 27 f. Speziell zum Ziel des widerspruchsfreien Systems *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 11 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 437 ff.; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 1 ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, Rdnr. 167; für das europäische Privatrecht ausführlich *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Privatrechts, 2003, S. 5 ff., 52 ff.; *Grundmann* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., 2010, § 10 Rdnr. 1; vgl. auch *Zimmermann*, 3 ERPL 95, 110 (1995); zu den historischen Wurzeln des vorherrschenden Systemverständnisses *J.Schröder*, Recht als Wissenschaft, Bd. 1, 2001, S. 244 ff.

¹¹ Z.B. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 348 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 168 ff. unter Betonung, dass das Ziel nur „im Rahmen der geltenden Gesetze und anerkannten Rechtsprinzipien“ (ibid. S. 169) verfolgt werden dürfe. Zum Verhältnis von Folgeorientierung und tradierter Methodik der Rechtsanwendung und -fortbildung *Deckert*, Folgeorientierung in der Rechtswissenschaft, 1995, S. 37 ff.

¹² Gerade in der Auseinandersetzung mit der ökonomischen Analyse des Rechts kommt die prinzipielle Folgeorientierung auch bei all denjenigen deutlich zum Ausdruck, die zwar ein Primat der „Gerechtigkeit“ oder „ethischer Prinzipien“ etc. insbesondere im Verhältnis zum Effizienzziel der Wohlfahrtsökonomik postulieren, da sie eben auch deutlich eine Folgeorientierung der Normanwendung propagieren z.B. *Honsell* in *Staudinger*, Einleitung

stärkerem Maße.¹³ Gerade die Selbsteinschätzung der Rechtsprechung zeigt auch, dass eine strikt positivistische Gegenposition nicht realistisch haltbar ist.¹⁴ Wenn demnach von einer Folgenorientierung auch der traditionellen Methodik gesprochen werden kann, soll keinesfalls überspielt werden, dass die Relevanz von Handlungsfolgen im Rahmen einer deontologischen Pflichtenlehre im Sinne eines Verstoßes/Befolgens von *a priori* Sittengesetzen o.Ä. etwas grundsätzlich anderes ist, als die ausschließliche Orientierung sozialwissenschaftlicher Ansätze an den Realwirkungen menschlichen Verhaltens.¹⁵ Indessen blendet auch die traditionelle Methodik im Rahmen der teleologischen Interpretation die

zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1-14; Verschollenheitsgesetz, Neubearbeitung 2013, Einl. Rdnr. 199; *Sprau* in: Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, Einl. Rdnr. 39; *Taupitz*, AcP 196 (1996) 114, 166 f. Siehe auch *Eidenmüller*, AcP 197 (1997), 80, 82 mit dem Hinweis, dass die Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft nicht mit einer tragfähigen Methode der Wirkungsanalyse und -bewertung einhergehe.

¹³ Dieses, in einer Vielzahl durchaus selbstbewusster Rechtsfortbildungen manifestierte Selbstverständnis der deutschen Rechtsprechung kann durch die Stellungnahmen zweier ehemaliger BGH-Präsidenten verdeutlicht werden. Vgl. *Heusinger*, Rechtsfindung und Rechtsfortbildung im Spiegel richterlicher Erfahrung, 1975, S. 5 wo es heißt: „Rechtsprechung ist nicht so sehr ein logisches Glasperlenspiel, als vielmehr ein finales Handeln, ausgerichtet auf ein vernünftiges Ergebnis, wie es der Gerechtigkeit entspricht“; ähnlich *R.Fischer*, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, 1971, S. 16 f., der es als ein großes Verdienst der Rechtsprechung ansieht, dass sich diese „von den Vorstellungen des damaligen Gesetzgebers löst und die von ihr entwickelten Rechtsgrundsätze den Erfordernissen der nunmehr gegebenen wirtschaftlichen Verhältnisse anpaßt“.

¹⁴ Strikt gegen eine Folgenorientierung in der Rechtsanwendung insbesondere *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 5 ff.; *Luhmann*, AöR 95 (1969) 1, 3 f. Dreh- und Angelpunkt der *Luhmann'schen* Argumentation ist, dass „[d]ie Zweckorientierung der Rechtspolitik ... die Entlastung der Rechtsausführung von Zweckerwägungen“ kompensiert (AöR 95 (1969) 1, 5). Diese funktional-systemtheoretische Sicht setzt eine klare Trennbarkeit von zweckdefinierender Rechtssetzung und schlicht rekonstruierender Rechtsanwendung voraus, die freilich an der Realität der richterlichen Entscheidungstätigkeit vorbei geht, vgl. z.B. *Kirchner*, Ökonomische Theorie des Rechts, 1997, S. 29 ff.; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114, 125 ff.

Die Extremposition, die dem Prozess einer normbasierten Rationalisierung jegliche Relevanz für die allein durch psychologische Dispositionen und emotionale Neigungen bestimmte, (richterliche) Entscheidungspraxis abspricht, wurde erstmals im Rechtsrealismus bezogen, vgl. *J.Frank*, Law and the Modern Mind, 1930, S. 108 ff.; ganz ähnlich und für die Critical Legal Studies prägend *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1775 (1976).

¹⁵ Exemplarisch der „synthetische Rechtssatz a priori“ von der Möglichkeit des „äußeren Mein und Dein“ (in Ergänzung des angeborenen Rechts auf Freiheit des „inneren Mein und Dein“, d.h. des Körpers und der in unmittelbarem Besitz befindlichen Gegenstände) bei *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, in: Preußische Akademie der Wissenschaft (Hrsg.), Kants Werke, Bd. 6, unveränderter Nachdruck 2000, S. 249 f., der allein in der praktischen Vernunft wurzelt und keiner anderweitigen Deduktion zugänglich ist. Vgl. dazu die ausführliche Darstellung und vertragstheoretische Einordnung bei *Byrd/Hruschka*, 81 Chi.-Kent L. Rev. 47, 54 ff. (2006); *Unberath*, Die Pflichtverletzung, 2007, S. 32 ff. sowie die Kritik bei *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, 2007, S. 97 ff.

tatsächlichen Wirkungen von Rechtsnormen keinesfalls vollständig aus,¹⁶ wie dies in einem ausschließlich deontologisch begründeten System von verrechtlichten *a priori* Verhaltensmaximen der Fall sein müsste.¹⁷ Deshalb erscheint die bewusste Heranziehung sozialwissenschaftlicher Methoden zur Beschreibung der Realwirkungen von Rechtsnormen weniger als Bruch, denn als Fortentwicklung der geübten Methodenpraxis, der die Berücksichtigung der tatsächlichen Wirkungen der Rechtsanwendung keinesfalls *per se* fremd ist.¹⁸

Es spricht deshalb einiges dafür, bereits die Entwicklung eines „inneren Systems“ der positiven Rechtsordnung,¹⁹ in dem die Methode der Rechtsfindung die widerspruchslöse Verwirklichung der verfolgten Normzwecke zu gewährleisten versucht, konzeptionell dafür zu öffnen, die tatsächliche Reaktion der Rechtssubjekte auf die gesetzten Verhaltensanreize zu prognostizieren. Nur dann können gesicherte Aussagen dahingehend getroffen werden, dass die identifizierten Ziele des analysierten Normbestands verwirklicht oder verfehlt werden. Es ist die Grundidee jedes wissenschaftlich-systematischen Rechts, dass es Einzelfälle stets als Manifestation eines mehr oder weniger abstrakt (tatbestandlich) zu fassenden gesamtgesellschaftlichen Problems begreift, dessen Lösung gerade nicht einzelfallbezogenen Billigkeitserwägungen, sondern allgemeinen Prinzipien folgt.²⁰ Diese dienen letztlich der Verwirklichung gesamtgesellschaftlich angestrebter Ziele, deren

¹⁶ Weitaus kritischer indessen *G.Wagner*, AcP 206 (2006) 352, 425: „Eine rationale Begründung für eine ignorante und indifferente Haltung gegenüber den Folgen legislatorischer und gerichtlicher Entscheidungen ist nicht ansatzweise zu erkennen.“

¹⁷ Zur Kritik an der strikten Unterscheidung zwischen den (ethischen) Gründen für eine zwingend zu befolgende Handlungsregel einerseits und der (voll determinierten) Regel als hinreichendem Grund für die vorzunehmende Handlung andererseits *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 37 f.

¹⁸ Auch in Deutschland fehlte es in der Vergangenheit nicht an die Problematik explizit benennenden Konzeptionen, vgl. z.B. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972; *F.Kübler*, Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, 697; *F.Kübler*, Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, 1975, S. 50; *Assmann* in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl., 1993, S. 17, 35.

¹⁹ Zum Begriff *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 40 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 474 ff.; *F.Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 31 ff.

²⁰ Inwieweit die Transzendenz des konkret-individuellen Interessenkonflikts auf die gesamtgesellschaftliche Ebene tatsächlich eine an jede Rechtsordnung zu richtende Legitimitätsanforderung darstellt, wie Rechtsökonomien bisweilen unterstellen (vgl. z.B. *H.-B.Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl., 2005, S. 123), mag hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist nicht unmittelbar einzusehen, warum eine Rechtsordnung, die jeden Einzelfall interessengerecht zu lösen vermag, an einem Legitimitätsdefizit kranken soll. Es lässt sich freilich bezweifeln, dass derartiges ohne über den Einzelfall hinausweisende Zielvorstellungen auf einer sozialen Metaebene möglich ist.

Durchsetzung auch im Einzelfall als legitim angesehen wird. Insofern ist schon im Ausgangspunkt fragwürdig, wenn ein ausgleichsbedürftiger, scharfer Zielkonflikt zwischen juristischer Orientierung an der gerechten Entscheidung des Einzelfalls einerseits und dem sozialwissenschaftlichen, v.a. ökonomischen Blick auf die gesamtgesellschaftlichen Konsequenzen der rechtsförmigen Verhaltensanreize andererseits postuliert wird.²¹ Entscheidend ist letztlich, dass in der wissenschaftlichen Durchdringung des Rechts die gesellschaftliche Steuerungswirkung rechtsförmiger Verhaltensgebote, d.h. die instrumentelle Dimension der Rechtsordnung, keinesfalls vernachlässigt werden darf. In dieser konsequentialistischen Sicht ist aber nicht nur der letztlich anzustellende Vergleich mit einem – wie auch immer ermittelten – sozialen Optimum von Bedeutung, sondern als Vorfrage gerade auch die Ermittlung der Resultate, die unter den realen institutionellen Gegebenheiten zu erwarten sind. Letztere wären aber nur dann unmittelbar aus den Verhaltensge- oder -verboten der Rechtsordnung abzuleiten, wenn man menschliches Verhalten mit Hilfe eines primitiven, eindimensionalen Modells prognostizieren wollte, in dem die Agenten mechanistisch den Imperativen rechtlicher Normen Folge leisten, gänzlich unbehelligt von sonstigen Einflüssen. Will man die drohenden Trugschlüsse vermeiden, ist das Einlassen auf ein komplexeres Verhaltensmodell alternativlos.

Es geht also an dieser Stelle nicht darum, erneut die Frage nach Möglichkeiten und Grenzen einer – ausschließlichen oder zumindest vorrangigen – konsequentialistischen Beschreibung privatrechtlicher Normzwecke – insbesondere einer Ausrichtung derselben am Ziel allokativer Effizienz²² – zu untersuchen.²³ Vielmehr liegt die Stoßrichtung dieses Beitrags lediglich darin für

²¹ Z.B. *Fleischer*, Informationsasymmetrien im Vertragsrecht, 2001, S. 231, der entgegen der sonst sein Werk kennzeichnenden Opulenz kein die abstrakt behauptete Antinomie belegendes Beispiel benennt.

²² Am radikalsten wohl *R.Posner*, 9 Hofstra L. Rev. 775, 780 (1981) „I continue to believe that wealth maximization should guide public policy in all spheres“; zuvor schon *R.Posner*, *Economic Analysis of Law*, 1. Aufl., 1972, S. 6; speziell gegen das Konzept der Vermögensmaximierung (wealth maximization) z.B. *Dworkin*, 9 J. Legal Stud. 191 (1980); *Kronman*, 9 J. Legal Stud. 227 (1980); *Hammond*, 91 Yale L.J. 1493 (1982). Für absoluten Vorrang des wohlfahrtsökonomischen Effizienzkriteriums in jüngerer Zeit wieder *Kaplow/Shavell*, *Fairness versus Welfare*, 2002; ablehnend dazu *Sanchirico*, 86 Cornell L. Rev. 1005 (2001); *Farber*, 101 Mich. L. Rev. 1791 (2003); *van Aaken*, 5 EBOR 419 (2004).

²³ Zur deutschen Diskussion vgl. z.B. *Horn*, AcP 176 (1976) 307, 330 ff.; *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverhältnissen, 1979, S. 79, insbesondere Fn. 6; *Fezer*, JZ 1986, 817; *ders.*, JZ 1988, 223; *F.Bydlinski*, *Fundamentale*

eine Öffnung der Jurisprudenz für die Analysemethoden der empirischen Sozialwissenschaften zu plädieren, weil andernfalls eine intersubjektiv diskussionsfähige Beschreibung der Folgen der Rechtsanwendung nicht gewährleistet ist. Gerade diese erscheint aber zur angemessenen Kontextualisierung zeitgenössischer Privatrechtswissenschaft unerlässlich, um die bewusst instrumentalisierte, oder doch zumindest erkannte Steuerungswirkung zivilrechtlicher Normen bei deren Interpretation nicht zu vernachlässigen.

Dieses Postulat und die daraus abzuleitenden Konsequenzen sollen im Folgenden an drei Beispielen illustriert werden, die geeignet sind, die Notwendigkeit und den möglichen Erkenntnisgewinn einer angemessenen Folgenabschätzung als Teil der Gesetzesinterpretation zu belegen, aber auch die Grenzen der entsprechenden Herangehensweise aufzuzeigen. Dabei geht es weniger um die Lösung konkreter Rechtsfragen, als vielmehr um das Exemplifizieren der soeben abstrakt aufgezeigten rechtstheoretischen und methodischen Zusammenhänge. Mit dieser Maßgabe werden die verbandsrechtliche Haftung für unzulängliches Risikomanagement bei Banken (II.), die „gläserne“ Publikumspersonengesellschaft und die mit dieser erreichte Rechtswahrnehmung unter Federführung eines *plaintiffs bar* auf dem grauen Kapitalmarkt (III.) und die Haftung für Verrichtungsgehilfen (*vicarious liability*) in Fällen des Kindesmissbrauchs betrachtet (IV.).

Rechtsgrundsätze, 1988, S. 286 f.; *F.Kübler* in: H.-B.Schäfer/Ott (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1989, S. 293; *ders.*, Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, S. 687; *R.Kohl* in: Breidenbach/Grundmann/Mülbert/Singer (Hrsg.), Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik, Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt, Privatrecht und Europa, 1993, S. 29; *Eidenmüller*, in: Breidenbach/Grundmann/Mülbert/Singer (Hrsg.), Rechtsfortbildung jenseits klassischer Methodik, Privatautonomie zwischen Status und Kontrakt, Privatrecht und Europa, 1993, S. 11, 24 ff.; *ders.*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995; *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114. Exemplarisch für die US-amerikanische Debatte, die Symposiums-Beiträge von *R.Posner* (8 Hofstra L. Rev. 487 (1980)), *Coleman* (8 Hofstra L. Rev. 509 (1980)) und *Tullock* (8 Hofstra L. Rev. 659 (1980)).

II. Die Vorgaben für das Risikomanagement von Banken, § 25c Abs. 4a, Abs. 4b KWG n.F.

1. Ermöglichung einer Strafdrohung als primäres Anliegen des Gesetzgebers

Seit ihrer Einführung im Rahmen der 6. KWG-Novelle²⁴ sind die in § 25a KWG kodifizierten Pflichten der Geschäftsleiter von aufsichtsunterworfenen Instituten mit jeder Gesetzesreform kontinuierlich erweitert und immer detaillierter präformiert worden.²⁵ Auch das tief in die Organisationsstrukturen des Finanzsektors eingreifende Trennbankengesetz²⁶ setzt diese Tradition fort und führt in §§ 25c Abs. 4a, Abs. 4b KWG n.F. einen Katalog minutiös aufgeschlüsselter, in § 54a KWG n.F. strafbewehrter Geschäftsleiterpflichten im Risikomanagement ein.²⁷ Die sowohl auf Instituts- (§ 25c Abs. 4a KWG n.F.) als auch auf Gruppenebene (§ 25c Abs. 4b KWG n.F.²⁸) vorzuhaltenden Strategien, Prozesse, Verfahren, Funktionen und Konzepte bringen keine grundstürzende inhaltliche Neuausrichtung in der zweiten Säule des materiellen Bankenaufsichtsrechts, in der qualitativ orientierte, bankinterne (*Internal Capital Adequacy Assessment Process - ICAAP*) und extern aufsichtliche (*Supervisory Review and Evaluation Process - SREP*) Überprüfungsprozesse vorgezeichnet werden.²⁹ Das Anliegen des Gesetzgebers lag vielmehr darin, die bisher durch

²⁴ Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen als Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997, BGBl I S. 2518 ff.

²⁵ Zur Entwicklung der Bestimmung nur *Braun/Wolfgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., 2012, § 25a KWG Rn. 6 ff.

²⁶ Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen vom 7.8.2013, BGBl. I, S. 3090. Zu den auf Trennung von Geschäftsfeldern gerichteten Teilen des Artikelgesetzes, die primär auf eine Verringerung von Komplexität und damit Erhöhung der Abwickelbarkeit der Institute zielen, z.B. *Möslein*, ORDO 64 (2013) 349; *ders.*, BKR 2013, 397; zum RegE *Schelo/Steck*, ZBB 2013, 227; *Altwater/v. Schweinitz*, WM 2013, 625; *van Kann/Rosak*, BB 2013, 1475; *Brandi/Gieseler*, DB 2013, 741.

²⁷ Art. 4 des Gesetzes bringt entsprechende Änderungen für die Versicherungsbranche in § 64a Abs. 7, 142 VAG.

²⁸ Überblick zu den erfassten Gruppen, die mit denjenigen im Sinne des § 25a Abs. 1a KWG identisch sind z.B. bei *Tröger*, ZHR 177 (2013) 475, 488.

²⁹ Zu den seit Basel II etablierten drei Säulen des Rechts der prudentiellen Bankenaufsicht nur *Wittig*, ZHR 169 (2005) 212, 214 ff.; *Paul* in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, S. 93, 98; zur entsprechenden Struktur des Versicherungsaufsichtsrechts gemäß Solvency II, *Wandt*, VW 2007, 473, 474 ff.; *Bürkle*, WM 2012, 878, 880 f.

– freilich *de facto*-normgleiche – Verwaltungsanweisungen der BaFin³⁰ erfolgende Konkretisierung der in Rede stehenden Geschäftsleiterpflichten³¹ der betroffenen Institute und Gruppen in einem förmlichen Gesetz vorzunehmen, um Zuwiderhandlungen auch strafrechtlich sanktionieren zu können.

2. Organhaftung, § 93 AktG iVm. § 25c Abs. 4a, Abs. 4b KWG

Auch wenn die im Gesetzgebungsverfahren besonders intensiver Kritik ausgesetzte, sehr weitreichende Strafdrohung³² im Finanzausschuss entschärft wurde,³³ wirft die erneut ausgreifendere, gesetzgeberische Vorgabe von Organisationspflichten bedeutende Grundsatzfragen auf. Diese betreffen v.a. das Zusammenspiel von aufsichtsrechtlichen Vorgaben und verbandsrechtlichen Sanktionsmechanismen für die Verletzung von Geschäftsleiterpflichten. Die Überführung der konkreten Pflichten im Risikomanagement von den Rundschreiben der Aufsichtsbehörde in formelles Gesetzesrecht verändert nämlich auch die persönlichen Risiken der Geschäftsleiter in Banken, weil nunmehr eine deutlich schärfere privatrechtliche Organhaftung nach § 93 Abs. 2 AktG³⁴ wegen eines vermutet schuldhaften (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) Verstoßes gegen gesetzliche Pflichten droht.

Die entscheidende Veränderung liegt dabei darin, dass im allgemeinen Aktienrecht mit unterschiedlichen Begründungen auch nach der BilMoG-Reform ganz überwiegend verneint wird, dass der Vorstand ein umfassendes verbundweites Risikomanagementsystem einrichten müsse, um die von § 91

³⁰ Zur Rechtsnatur der in Rede stehenden Rundschreiben 10/2012 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – MaRisk und Rundschreiben 3/2009 (VA) – Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA) als rechtlich nicht bindende Wiedergabe der Rechtsauffassung der BaFin *Braun/Wolfgarten* in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Aufl., 2012, § 25a KWG Rn. 99.

³¹ Deren Verantwortlichkeit ergab sich auch schon bisher aus den expliziten Zuweisungen in § 25a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 1a Satz 1 KWG. Ebenso § 64a Abs. 1 Satz 2 VAG.

³² Vgl. z.B. *Hamm/Richter*, WM 2013, 865; *Krauel/Winter*, VersR 2013, 555.

³³ Anders als im RegE (BT-Drucks. 17/12601, S. 24) vorgesehen, führt nicht mehr bereits die für eine Bestandsgefährdung des Instituts oder der Gruppe kausale, vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der in Rede stehenden Pflichten zur Strafbarkeit. Diese tritt vielmehr erst dann ein, wenn die pflichtvergessenen Geschäftsleiter einer vollziehbaren Anordnung der BaFin nach § 25c Abs. 4c KWG n.F. zuwiderhandeln, § 54a Abs. 3 KWG n.F., also wirklich qualifizierte, rote Signale überfahren.

³⁴ Auch wenn in der aufsichtsunterworfenen Kreditwirtschaft andere Organisationsformen denkbar sind und begegnen, kann für die hier verfolgten Zwecke eine Beschränkung der Erörterungen auf die gängigste Rechtsform der Aktiengesellschaft erfolgen.

Abs. 2 AktG geforderten Maßnahmen zur Früherkennung bestandsgefährdender Risiken zu treffen.³⁵ Danach muss das Netz des aktienrechtlich erforderlichen Früherkennungssystems nicht so engmaschig gewoben sein, wie dies betriebswirtschaftlichen Standards des Risikomanagements entspräche; vielmehr steht die Schaffung adäquater Strukturen prinzipiell im Ermessen der Geschäftsleiter.³⁶ Zwar bestanden im materiellen Bankaufsichtsrecht wegen des besonderen öffentlichen Interesses an einem funktionsfähigen, stabilen Bank- bzw. Versicherungswesen schon seit Jahrzehnten strengere Anforderungen,³⁷ gleichwohl stellt das Trennbankengesetz in seiner Detailliertheit einen erneuten Verrechtlichungsschub dar, durch den das Geschäftsleiterermessen zugunsten einer strikten Legalitätspflicht auf den ersten Blick sehr weit zurückgedrängt wird.

Dies passt *prima vista* zu den Erfahrungen der letzten Jahre. Die Freistellung der Geschäftsleiter von der persönlichen Verantwortlichkeit im Rahmen der *Business Judgement Rule* des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dient dazu, einer zu geringen Bereitschaft, Geschäftsrisiken einzugehen und einem zu niedrigem Aktivitätsniveau entgegenzusteuern, die bei strikter Haftung aufgrund der

³⁵ Mertens/Cahn in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 20; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 91 Rn. 9; Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 91 Rn. 35; Krieger/Sailer-Coceani in: K.Schmidt/Lutter, AktG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 91 Rn. 14; Grigoleit/Tomasic in: Grigoleit, AktG, 2013, § 91 Rn. 8; Baums, ZGR 2011, 218, 272 f.; ders., ZHR 175 (2011) 160, 197; Dreher, FS Hüffer, 2010, S. 161, 162 ff.; Immenga, FS Schwark, 2009, S. 199, 201; Kort, ZGR 2010, 440, 451 ff.; Windbichler in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance, 3. Aufl., 2010, S. 825, 838 f.; vor BilMoG ebenso Spindler in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 91 Rn. 27, 41; ders., in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 19 Rn. 62; Kort in: Großkommentar zum AktG, Bd. 3, 4. Aufl., 2002, § 91 Rn. 40, 43, 51; Götz, NJW-Sonderheft H. Weber, 2001, S 21; Hoffmann-Becking, ZGR 1998, 497, 513; Hommelhoff/Matheus, AG 1998, 249, 251; Hommelhoff, FS Sandrock, 2000, S. 373; Seibert, FS Bezenberger, 2000, S 427, 436 ff.; Pahlke, NJW 2002, 1680, 1681 ff.; Preußner, NZG 2008, 574, 575; demgegenüber für Notwendigkeit eines umfassenden, konzernweiten Risikomanagementsystems auch bei der Normal-AG im Hinblick auf die andernfalls leerlaufenden § 289 Abs. 5 HGB, § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG und die Vorgaben in Art. 41 Abs. 2 lit. d) der Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG (Abl. EU L 157, S. 87) und Art. 46a Abs. 1 lit. c) der Jahresabschluss-RL 78/660/EWG i.d.F. der Änderungsrichtlinie 2006/46/EG (Abl. EU Nr. L 224, S.1), z.B. Spindler, WM 2008, 905, 906; ders., FS Hüffer, 2010, S. 985, 988 ff.; Lutter, FS Goette, 2011, S. 289, 296 f.

³⁶ Vgl. nur Krieger/Sailer-Coceani in: K.Schmidt/Lutter, AktG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 91 Rn. 14; Fleischer in: Spindler/Stilz, AktG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 91 Rn. 36; Fleischer, AG 2003, 291, 298; Hillebrand, Das Früherkennungs- und Überwachungssystem bei Kapitalgesellschaften, 2005, S 136 ff.; Huth, BB 2007, 2167.

³⁷ Hierzu und zum Verhältnis von Verbands- und Aufsichtsrecht z.B. Tröger, ZHR 177 (2013) 475; Binder in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, 2011, S. 685; ders., ZGR 2013, 760.

Risikopräferenzen der Vorstände drohen. Der durch das UMAG³⁸ geschaffene „safe harbor“ dient also dazu, zur Wahrnehmung aller Geschäftschancen mit positivem Erwartungswert sowohl im Verbands- als auch im gesamtgesellschaftlichen Interesse anzuhalten.³⁹ Werden nun also durch die Novelle des Aufsichtsrechts die bisher auch dort noch bestehenden, relativ großzügigen Freiräume für unternehmensindividuelle Lösungen (vgl. z.B. § 25a Abs. 1 S. 4 KWG) durch eine Ausweitung der im deutschen Recht strikten Legalitätspflicht⁴⁰ weiter verengt, so wird damit mittelbar auch der Risikoappetit der Bank- und Versicherungsvorstände gezügelt und in diesem Sinne eine vermeintliche Lehre aus der jüngsten Finanzkrise gezogen.

3. Ambivalenz der Steuerungswirkung und Konsequenzen für die Gesetzesinterpretation

Ob die entsprechende Steuerungswirkung gesamtgesellschaftlich tatsächlich wünschenswert ist, erscheint allerdings nicht eindeutig. Dies betrifft zum einen die Makro-Dimension, d.h. die Frage nach dem gesamtgesellschaftlich wünschenswerten Risikoniveau im Finanzsystem. Die Erfahrung seit 2008 scheint in der Tat für eine radikale Zurückdrängung auch der privatrechtlichen Anreize zur Eingehung systemgefährdender Risiken zu sprechen, wie sie auch international von prominenter Seite gefordert wird.⁴¹ Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass insoweit Verfügbarkeitsheuristiken am Werk sind, weil die langfristigen Effekte eines risikoärmeren Finanzsystems für das allgemeine Wohlstands- und Konsumniveau kaum gemessen werden können.

³⁸ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts vom 22.9.2005, BGBl. I, S. 2802.

³⁹ Vgl. hier nur *Ruffner*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, 2000, S. 229 ff.; *ders.*, ZSR 199 (2000) 195, 210; zu § 93 Abs. 1 S. 2 AktG z.B. *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 93 Rn. 35; vgl. auch *Langenbacher*, DStR 2005, 2083, 2084.

⁴⁰ Die vorherrschende Sicht erkennt ein Interesse an einem effizienten Gesetzesverstoß nicht an, vgl. z.B. *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 21; *Hopt/Roth* in: Großkommentar Aktiengesetz, Bd. 3, 4. Aufl., 2002, § 93 Abs. 1 S. 2, 4 n.F. Rn. 16, 21 f.; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 93 Rn. 63 ff.; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 843 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009) 504; *Habersack*, FS U.H.Schneider, 2011, S. 429; zu Gegenkonzeptionen im U.S.-amerikanischen Schrifttum *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 146.

⁴¹ Vgl. insbesondere *Armour/Gordon*, Systemic Harms and Shareholder Value, ECGI Law Working Paper No. 222, <http://ssrn.com/abstract=2307959>.

Wichtiger als diese makroökonomische Frage, bei deren Beurteilung dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zukommt, erscheint allerdings die Ambivalenz des zur Zielerreichung gewählten Mittels. Gerade im materiellen Bankaufsichtsrecht ist spätestens seit Basel II und der damit erfolgten Einführung interner Bewertungsmodelle zur Bestimmung der aufsichtsrechtlichen Kapitalanforderungen und des ICAAP die Bedeutung einer Auseinandersetzung mit institutsspezifischen Risiken und die individuell optimale Behandlung derselben anerkannt.⁴² Die Verrechtlichung durch detaillierte Vorgaben zu Strategien, Prozessen, Verfahren, Funktionen und Konzepten des Risikomanagements behindert aber potentiell die Suche nach unternehmensindividuellen Lösungen, begünstigt das „box ticking“ und hemmt letztlich die Innovation in einem kritischen Bereich der Finanzstabilität.⁴³

Dabei lässt sich dem Problem nicht wirksam durch ein Drehen an der Stellschraube der Pflichtwidrigkeit beikommen. Dies gilt unabhängig davon, ob man mit der h.M. davon ausgeht, der Vorstand könne die Vermutung des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG widerlegen, wenn er sich an einer vertretbaren Interpretation des Gesetzes orientiert hat,⁴⁴ oder mit einer jüngst vertretenen Sicht der Meinung ist, die Exkulpation gelänge erst dann, wenn der Vorstand sein Verhalten an der am besten vertretbaren Gesetzesauslegung ausgerichtet habe.⁴⁵ Bei näherer und methodenehrlicher Betrachtung zeigt sich nämlich, dass die angemessene Mikrosteuerung nur dann gelingen kann, wenn man sich der zentralen Bedeutung außerjuristischer Maßstäbe klar wird, also eingesteht, dass es nicht um ein reines Problem originärer Gesetzesinterpretation geht. § 25a Abs. 1 Satz 4 KWG und auch § 25c Abs. 4a, 4c KWG passim⁴⁶ räumen explizit Ermessensspielräume ein, sodass jedenfalls klärungsbedürftig bleibt, welche Variationen zulässig sind, wenn das optimal ausgelegte Gesetz gerade

⁴² Hierzu z.B. ausführlich *Dalhuisen*, 18 EBLR 819 (2007).

⁴³ Zur Problematik allgemein zuletzt eingehend *Enriques/Zetzsche*, ECFR 2013, 271.

⁴⁴ Exemplarisch *Mertens/Cahn* in: Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl., 2010, § 93 Rn. 75; *Spindler* in: Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 93 Rn. 65, 68.

⁴⁵ So jüngst *Langenbacher*, ZBB 2013, 16, 22 f. gestützt auf die Lehren von *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, 1978 und *Alexy*, *Rechtstheorie*, Beiheft 1/1979, 59, in denen die Möglichkeit einer einzig richtigen Gesetzesauslegung bejaht wird.

⁴⁶ Diese stecken in der durchgehenden Verwendung konkretisierungsbedürftiger Begriffe innerhalb des Pflichtenkatalogs, i.e. der Vorgabe „angemessener“ Maßnahmen zur Steuerung „wesentlicher“ Risiken.

einem Methodenpluralismus in der Ökonomie (scil. der Betriebs- und Bankwirtschaft) Rechnung tragen will.

An dieser Stelle soll nicht die eigene Lösung im Detail ausgearbeitet werden. Es reicht im Rahmen des hier verfolgten Erkenntnisinteresses, aufzuzeigen, dass die zentrale Frage, inwieweit ökonomische Standards bei der Konkretisierung des Gesetzesrechts maßgeblich sind, und v.a. unter welchen Voraussetzungen von der vorherrschenden Sicht in der Ökonomie abgewichen werden kann, nur mit Blick auf die methodisch plausibel prognostizierten Steuerungsfolgen beantwortet werden kann. Konkret sind die makroökonomischen Fundamente des Aufsichtsrechts mit den oben beschriebenen Wirkungen des neu geschaffenen Pflichtenkatalogs einschließlich des daran geknüpften, zivilrechtlichen Sanktionensystems abzugleichen. Nur die Öffnung der zivilistischen Methodik für eine sozialwissenschaftlich informierte Folgenabschätzung erlaubt die adäquate Konkretisierung der *lex lata*.

III. Instrumentalisierung von Anlegerschutzanwälten zur Rechtsdurchsetzung bei Publikumspersonengesellschaften

Während im Kontext des materiellen Bankaufsichtsrechts die Regulierungswirkung des zivilrechtlichen Sanktionensystems noch als Reflexwirkung erfasst werden kann,⁴⁷ zeigt ein Blick auf das Personengesellschaftsrecht, dass marktsteuernde Wirkungen auch durch richterliche Gesetzesinterpretationen in originär zivilrechtlichem Kontext begegnen und der problembewussten methodischen Erfassung bedürfen.

1. Die „gläserne“ Publikumspersonengesellschaft und ihre dogmatische Begründung

In einer Reihe jüngerer Urteile hat die höchstrichterliche Rechtsprechung ein sich schon länger abzeichnendes Programm vollständig verwirklicht und die Publikumspersonengesellschaften des grauen Kapitalmarkts einer

⁴⁷ Jedenfalls zeigt sich aber, dass – ganz im Sinne der obigen Definition (oben I. 1) – auch die zivilrechtsförmige Sanktion zur Verfolgung öffentlicher Interessen (Finanzstabilität) eingesetzt werden kann und wird.

uneingeschränkten, personalen Beteiligungstransparenz unterworfen. Diese sind zu „gläsernen“ Organisationen geworden.⁴⁸ Bei den gängigen Konstruktionen von Publikumspersonengesellschaften, an denen sich Anleger entweder direkt als Gesellschafter⁴⁹ oder mittelbar über eine die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch den Treuhänder eingehend koordinierende⁵⁰ bzw. den Anlegern selbst eine gesellschaftergleiche Rechtsposition einräumende Treuhand⁵¹ beteiligen können, bejaht die höchstrichterliche Judikatur eine unbeschränkbare Pflicht, über die Identität der Mit Anleger Auskunft zu geben. Die bisher ausdrücklich offengelassene Rechtslage in Konstellationen, wo eine Beteiligung über nicht weiter koordinierte, keine quasi-mitgliedschaftlichen Rechte in der Fondsgesellschaft vermittelnde Treuhand erfolgt,⁵² spielt praktisch keine Rolle.

Grundlage der somit flächendeckend postulierten Auskunftspflichten sind jeweils identifizierte (quasi-)mitgliedschaftliche Beziehungen der Beteiligten zur Gesellschaft und untereinander.⁵³ Dogmatisches Fundament ist zum einen die Annahme einer Innengesellschaft bürgerlichen Rechts unter den Treugebern (und der Treuhänderin), die primär auf der treuhandvertraglich festgelegten Rolle einer Investorenversammlung basiert, die der Treuhänderin Weisungen zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte erteilt, wenn die Fondskonstruktion nicht zu einer direkten Wahrnehmung derselben in der Fondsgesellschaft durch die Anleger selbst führt.⁵⁴ Die jüngsten Entscheidungen finden ihre

⁴⁸ *K.Schmidt*, NZG 2011, 361, 362.

⁴⁹ BGH WM 2010, 81 Rdnr. 7 ff.

⁵⁰ BGH WM 2011, 317 Rdnr. 11 ff.

⁵¹ BGHZ 196, 131 Rdnr. 11 ff. Der zu entscheidende Sachverhalt betraf einen vollständigen Gleichstellungsfall. In der Gestaltungspraxis begegnen aber auch Schattierungen in der Treuhandgestaltung, vgl. hierzu *Asmus/Markwardt*, ZIP 2012, 1581, 1584. Diese werfen auf der Grundlage des BGH-Ansatzes die Frage auf, ob die schuldrechtliche Stellung des Treugebers hinreichend gesellschaftsrechtlich überlagert ist, um quasi-mitgliedschaftlich zu sein, *Voigt*, BB 2013, 724. Dabei sind die Gestaltungsgrenzen aber durch das Ziel, eine steuerrechtliche Mitunternehmerschaft (§ 15 EStG) zu begründen, relativ eng und damit wohl jenseits nicht mehr mitgliedschaftsähnlicher Treugeberstellungen gezogen, vgl. *Groh*, FS Priester, 2007, S. 107, 110 ff.; FG Düsseldorf EFG 2008, 429 Rz. 48 ff.

⁵² Dazu z.B. *Armbrüster*, FS Kanzleiter, 2011, S. 31, 41 f.

⁵³ Vgl. auch *K.Schmidt*, NZG 2011, 361, 365 ff., der die Fondskonstruktionen als „virtuelle Innen-KG“ konzeptualisiert, in der unabhängig von der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses die Stellung von unmittelbar als Kommanditisten und mittelbar über Treuhandverhältnisse beteiligten Investoren für die Binnenbeziehungen einheitlich ausgestaltet sei.

⁵⁴ Kritisch gegenüber dieser Einordnung, weil es an einem gemeinsamen Zweck bzw. einem konstitutiven Beitragsversprechens fehle *Holler*, ZIP 2010, 2429, 2430; *Altmeppen*, NZG 2010, 1321, 1326; *ders.*, ZIP 2011, 326, 327 f.; *Markwardt*, BB 2011, 643, 646 f.

gesellschaftsrechtliche Grundlage⁵⁵ in der Annahme eines mitgliedschaftsgleichen Charakters der qualifiziert-treuhänderischen Einbeziehung von Treugebern in die Finanzierungsbeziehung zum Anlagevehikel.⁵⁶ Der dogmatische Begründungsstrang beruht somit entscheidend darauf, dass mit der quasi-mitgliedschaftlichen Beziehung eine Rechtsgrundlage für die zu begründende Informationspflicht benannt wird, die sodann zum nicht disponiblen Kernbereich der (Quasi-)Mitgliedschaft gerechnet und damit gegen beschränkende Gestaltungen sowohl im Gesellschafts- (diese halten einer Inhaltskontrolle, § 242 BGB, nicht stand) als auch im Treuhandvertrag (diese wirken auf die – freilich durch die Treuhandabrede mitkonstituierte – quasi-verbandsrechtliche Pflichtenlage schon gar nicht ein) immunisiert wird.⁵⁷

2. Die marktregulierende Dimension der Entscheidungen

Die Begründung der Urteile ist nicht unbedingt wegen der erzielten Ergebnisse zu kritisieren, die in der radikalen, von der Fondskonstruktion unabhängigen Zurückstellung jeglicher Anonymitätsinteressen der Investoren liegen.⁵⁸ Sie befriedigt aber deshalb nicht restlos, weil die normative Absicherung der unbeschränkbar Auskunftspflicht zu wenig mit Blick auf den konkreten Kontext der Publikumspersonengesellschaften erfolgt, sondern sich zu stark auf unadaptierte Axiome der gängigen Dogmatik des Personengesellschaftsrechts verlässt. Dabei bleibt vor allem die marktregulierende Dimension der Entscheidungen unterbelichtet, die zur zwar höchststrichterlich explizit gebilligten, aber damit noch nicht hinreichend legitimierten Folge haben, dass zur Durchsetzung der Gesellschafterrechte das Geschäftsmodell bestimmter Marktteilnehmer begünstigt wird. Auch diese Konsequenzen offen zu diskutieren wäre nach der hier vertretenen Sicht Aufgabe einer zeitgemäßen Zivilistik.

⁵⁵ Zur datenschutzrechtlichen Problematik auch *Hoeren*, ZIP 2010, 2436, 2438; *Armbrüster*, FS Kanzleiter, 2010, S. 31, 43 f.

⁵⁶ Zum Treuhandkonzept in diesen Konstellationen weiterführend *Wiedemann*, ZIP 2012, 1786.

⁵⁷ Insoweit a.A. *Armbrüster*, FS Kanzleiter, 2010, S. 31, 40; *Sester/Voigt*, NZG 2010, 375, 378.

⁵⁸ Dagegen scharf kritisch *Altmeyden*, NZG 2010, 1321, 1326.

a) Notwendigkeit der normativen Absicherung der gefundenen Ergebnisse

Mit dem Aufzeigen einer Sonderrechtsbeziehung als solcher ist nämlich noch ebenso wenig gewonnen, wie mit ihrer Charakterisierung als mitgliedschaftsgleich, weil eine derartige *façon de parler* nicht davon entlastet, den ungeschriebenen Gehalt der verbandsrechtlichen Auskunftspflichten gerade vor dem Hintergrund der betroffenen Interessen in Publikumpersonengesellschaften zu konkretisieren. Das Sonderrecht derselben basiert zentral auf der Annahme, dass Abweichungen gegenüber dem Normalstatut der gesetzestypischen Personengesellschaften geboten sind, soweit dies erforderlich ist, um die von den Beteiligten verfolgten, legitimen Interessen zu bedienen.⁵⁹

Mit dieser Maßgabe muss bei der Konkretisierung des Pflichtengehalts der (Quasi-)Mitgliedschaft zentral darauf abgestellt werden, welches Anliegen die auskunftsbegehrenden Anleger tatsächlich verfolgen.⁶⁰ Demgegenüber erwähnt der BGH zwar einzelne Konstellationen, in denen die Kenntnis der Gesellschafteridentität in der Tat von Bedeutung sein kann, die aber aus der Perspektive eines typischen Anlegers nicht entscheidend sind. Für die Beurteilung, ob Stimmverbote bestehen, Treupflichtverstöße vorliegen etc. wird er sich nämlich regelmäßig auf den Treuhänder bzw. die Komplementärin verlassen.

b) Die Stärkung der Position von Anlegerschutzanwälten

Das eigentliche Interesse hinter dem Auskunftsbegehren erwähnt der II. Senat in seinen jüngsten Entscheidungen jeweils nur am Rande und v.a. nur als denkbaren Einwand gegen seine vermeintlich anderweitig bereits hinreichend begründete Position. Es liegt in der Überwindung eines Kollektivhandlungsproblems, d.h. in der Schaffung der Voraussetzung für die koordinierte Willensbildung unter den Investoren in Opposition zu den

⁵⁹ Exemplarisch BGHZ 63, 338, 345.

⁶⁰ Vgl. auch zur Bedeutung der Wertungsfrage *K.Schmidt*, NZG 2011, 361, 362; a.A. *Altmeyden*, ZIP 2011, 326, 327.

Fondsorganisatoren in Sanierungs- und Krisenszenarien.⁶¹ Mit Hilfe des unentziehbaren Auskunftsanspruchs können sich die Anleger in der Tat leichter organisieren, was grundsätzlich auch missbräuchliche Praktiken begünstigt,⁶² weil – und darin liegt das normativ Entscheidende – der BGH das Recht der Publikumpersonengesellschaften in einer Weise interpretiert, die das Wirken eines zwischenzeitlich auch in Deutschland in Anlegerschutzstreitigkeiten etablierten *plaintiffs bar* nachhaltig erleichtert. Dies ist nicht weniger als eine höchstrichterliche Regulierung im Sinne der hier zugrunde gelegten Definition,⁶³ deren gesamtgesellschaftliche Wirkung einer kritischen Würdigung zu unterziehen ist.

Gerade weil der in Rede stehende Gehalt der *lex scripta* keinesfalls eindeutig ist, stellen die aufgezeigten Zusammenhänge auch nicht bloß die unabweisbare Konsequenz der institutionellen Rahmenbedingungen dar, sondern beruhen auf einer wertenden Entscheidung. Es hätte den Urteilen bei aller Nützlichkeit der dogmatischen Systembildung gut angestanden, zumindest auch die maßgebliche Wertungsfrage explizit aufzuwerfen und zu beantworten, ob die Stärkung des beschriebenen, tatsächlichen Rechtsdurchsetzungsmechanismus wünschenswert erscheint.⁶⁴ Dafür ließe sich zwar ein Interesse benennen, den Anlegern mit ihren Beratern effektiv zu ermöglichen, in kritischen Phasen des Fonds eine aktive Rolle bei Entwicklung und Umsetzung einer Sanierungs- bzw. Abwicklungsstrategie zu übernehmen. Im Hinblick auf das Potential zu opportunistischem Verhalten der Agenten (Berater) gegenüber ihren Prinzipalen (Anlegern) ist die wohlfahrtssteigernde Wirkung des Modells allerdings keinesfalls gesichert.

Ohne Diskussion dieser verbleibenden Zweifel ist die BGH-Judikatur für die Praxis leitend. Die Zivilrechtswissenschaft bleibt gleichwohl aufgerufen, die

⁶¹ Vgl. *Armbrüster*, FS Kanzleiter, 2010, S. 31, 32.

⁶² Hierzu *Voigt*, BB 2013, 724.

⁶³ Oben I. 1.

⁶⁴ Bei der Diskussion dieser Frage kann *mutatis mutandis* auf die Argumente aus der Debatte um die Einführung von Sammelklagen im europäischen Sekundärrecht, vgl. zuletzt Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Auf dem Weg zu einem allgemeinen europäischen Rahmen für den kollektiven Rechtsschutz“, COM/2013/401 endg.; aus der deutschen Debatte hier nur *Möllers/Pregler*, ZHR 176 (2012) 144; *Brand*, NJW 2012, 1116; *Brömmelmeyer* (Hrsg.), Die EU Sammelklage, 2013, aber auch auf die Debatte um die Anlegerschutzklagen in den Vereinigten Staaten zurückgegriffen werden. Zu letzterer grundlegend *Romano*, 7 J.L. Econ. & Org. 55 (1991).

Fragen nach der Steuerungswirkung kritisch zu erörtern. Dabei zeigt sich ein weiterer Gesichtspunkt der hier vertretenen Öffnung des tradierten Methodenkanons für ein Element der Folgenabschätzung: die in den Mittelpunkt rückenden, institutionellen Wirkungszusammenhänge lassen sich kaum anders als durch eine über die Erhebung deskriptiver Daten hinausgehende Rechtstatsachenforschung ermitteln.

IV. Vicarious liability von Kirchenorganisationen in Fällen des Kindesmissbrauchs

Die Grenzen der hier befürworteten, funktionalen Betrachtung einer Regulierungswirkung des Privatrechts sollen abschließend kurz anhand von Sachverhalten illustriert werden, die leider in der Gerichtspraxis des Common Law nicht vereinzelt geblieben sind⁶⁵ und zuletzt in einem vom obersten Gericht des Vereinigten Königreichs entschiedenen Fall umfassend aufgearbeitet wurden.⁶⁶ *Sedes materiae* ist die deliktische Verantwortlichkeit nicht-inkorporierter Glaubensgemeinschaften bei jahrzehntelangem Kindesmissbrauch durch einzelne ihrer Mitglieder. In diesen Konstellationen zeigt sich, dass ein funktionales Verständnis des Deliktsrechts und die damit einhergehende Betonung von Präventionszielen,⁶⁷ die wiederum als Ausdruck einer Regulierungsdimension des Privatrechts verstanden werden können, keine allumfassende Erklärungskraft beanspruchen kann.

⁶⁵ Ähnliche Sachverhalte waren z.B. in *Maga v Archbishop of Birmingham and another* [2010] EWCA Civ 256; [2010] 1 WLR 1441 sowie in den kanadischen Fällen *Bazley v. Curry* (1999) 174 DLR (4th) 45; *Jacobi v. Griffiths* (1999) 174 DLR (4th) 71; *John Doe v Bennett* [2004] 1 SCR 436 zu beurteilen und beschäftigen auch die australischen Gerichte in *New South Wales v Lepore* [2003] HCA 4; 212 CLR 511.

⁶⁶ *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, [2012] UKSC 56. Dazu auch *Giles*, *Ox. J. Law Religion* 231-232 (2013); *Tröger*, *ZEuP* 2014 (demnächst).

⁶⁷ Grundlegend für die in der ökonomischen Analyse des Haftungsrecht dominierende Konzeption, *Calabresi*, 70 *Yale L.J.* 499 (1961); *ders.*, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 26 ff.; S. 26 ff.; *Demsetz*, 1 *J. Legal Stud.* 13, 25 ff. (1972). Im deutschsprachigen Schrifttum z.B. *Adams*, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, S. 17 ff.; *Kötz* in: Schäfer/Wehrh (Hrsg.), *Die Ökonomisierung der Sozialwissenschaften: Sechs Wortmeldungen*, 1989, S. 149; *Kötz*, *Festschrift für Ernst Steindorff*, 1990, S. 643, 646 ff.; *Endres*, *Ökonomische Grundlagen des Haftungsrechts*, 1991, S. 1 ff.; *G.Wagner*, *AcP* 206 (2006) 352, 451 ff.; *ders.* in: *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, Vor. § 823 Rdnr. 45 ff.

1. Sachverhalt und wesentliche Entscheidungsgründe

In dem vom UKSC zu entscheidenden Sachverhalt hatten einer bzw. mehrere Brüder eines Ordens, die in Erziehungseinrichtungen angestellt waren, dort zwischen 1968 und 1990 systematisch Minderjährige sexuell missbraucht.⁶⁸ Die zu klärende Rechtsfrage lag darin, ob neben dem unstreitig haftenden Träger der Einrichtungen auch der nicht-rechtsfähige Orden, der über Vermögen in mehreren Trusts verfügte, für die Taten der Brüder zivilrechtlich verantwortlich war. In seinen tiefschürfenden Ausführungen sieht der UKSC weder die Rechtsnatur des Ordens als Hindernis für den Zugriff auf dessen Vermögenswerte an,⁶⁹ noch hält er die primär auf arbeitsteilige Produktions- und Absatzorganisationen zugeschnittene Doktrin der *vicarious liability* für ungeeignet, die Haftung zu begründen. Vielmehr sieht er zunächst die notwendige Einwirkungsbefugnis (*control*) der Ordensleitung auf die einzelnen Brüder auf der Grundlage der Ordensregeln als begründet an⁷⁰ und bejaht sodann auch den hinreichenden Zusammenhang zwischen Missbrauch und Ordenstätigkeit der Brüder.⁷¹

2. Funktional-ökonomische Gründe der *vicarious liability*

Wiederum kann es an dieser Stelle nicht darum gehen, die juristische Subsumtion des Gerichts einer eingehenden, die Einzelheiten der Doktrin ausleuchtenden Würdigung zu unterziehen.⁷² Vielmehr entspricht es dem Erkenntnisziel dieses Beitrags, darzulegen, dass und warum eine steuerungstheoretische Betrachtung in Konstellationen wie der beschriebenen an ihre Grenzen stößt.

⁶⁸ Zum Sachverhalt im Einzelnen *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, [2012] UKSC 56 Rdnr. 6 ff.

⁶⁹ *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, [2012] UKSC 56 Rdnr. 27 ff.

⁷⁰ *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, [2012] UKSC 56 Rdnr. 34 ff.

⁷¹ *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others*, [2012] UKSC 56 Rdnr. 62 ff.

⁷² Hierzu *Tröger*, ZEuP 2014 (demnächst).

Geht man funktional davon aus, dass das Generalziel des Haftungsrechts (*accident law*), in der Terminologie der ökonomischen Analyse darin liegt, die primären, sekundären und tertiären Kosten von Haftungsfällen zu minimieren,⁷³ stellt sich auch die Verantwortlichkeit eines „Hintermanns“ im Rahmen der Leutehaftung als Mittel zum Zweck dar.⁷⁴ Die wünschenswerten Effizienzgewinne werden primär in Form einer verbesserten Schadensprävention erzielt, weil der in die Pflicht Genommene Anreize erhält, selbst drohende Schäden abzuwenden (niedrigere, primäre Kosten). Folglich ist eine weit verstandene Einwirkungsmöglichkeit auf den unmittelbar handelnden Deliktstäter notwendige, aber noch nicht hinreichende Bedingung der Haftung.⁷⁵ Um das Entstehenmüssen für fremde Schadensstiftung zu legitimieren, müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein, die z.B. in der überlegenen Möglichkeit des Hintermanns zur Risikominimierung, der Überwindung des Problems der Vermögensrestriktion (*judgement proof problem*), oder der präferenzgerechten Risikoverteilung (Minimierung sekundärer Kosten) liegen können.⁷⁶

3. Grenzen der Steuerungswirkung monetärer Sanktionen

Der Knackpunkt für das mittlerweile komplex ausdifferenzierte Konzept einer funktional verstandenen *vicarious liability* liegt darin, dass es sich gänzlich auf die Steuerungswirkung monetärer (zivilrechtlicher) Sanktionen stützt. Diese mag für den Unternehmensbereich plausibel sein, weil dort die Gewinnmaximierung als Verbandsziel betrachtet werden kann,⁷⁷ sodass sanktionsinduzierten Einbußen prinzipiell ein glaubwürdiger

⁷³ Oben Fn. 8 und Fn. 67.

⁷⁴ Grundlegend für die ökonomische Analyse der Leutehaftung *Kornhauser*, 70 Cal. L. Rev. 1345 (1982); *Sykes*, 91 Yale L.J. 168 (1981); *Sykes*, 93 Yale L.J. 1231 (1984).

⁷⁵ Agenturtheoretisch geht es um die Kontrolle des Prinzipals über das vom Agenten ausgehende Schadensrisiko, vgl. dazu *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 201 ff.

⁷⁶ Vgl. hierzu Überblick bei *Kraakman* in: Bouckaert/De Geest (Hrsg.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Bd. 2, 2000, S. 669; *Shavell* in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, Bd. 1, 2007, S. 139, 171 ff.; *Polinsky*, *An Introduction to Law and Economics*, 4. Aufl. 2011, S. 125 ff.; *Dari-Mattiacci/Parisi*, 23 *Int'l Rev. L. & Econ.* 453 (2003).

⁷⁷ Zum Gewinnziel im Aktienrecht z.B. *Mülbert*, *Festschrift für Röhrich*, 2005, S. 421; *Tröger*, *Treupflicht im Konzernrecht*, 2000, S. 110 ff.

Abschreckungseffekt zukommt.⁷⁸ Für den ganz anders motivierten, christlichen Orden erscheint die so begründete Anreizwirkung freilich fraglich. Die Reputationsverluste in den in Rede stehenden Missbrauchsfällen sind unendlich viel schwerwiegender und gerade für die zukünftige Vermeidung ähnlichen Unrechts unvergleichlich wirkmächtiger. Die zivilrechtliche Haftung fällt kaum nennenswert als Motivationsfaktor ins Gewicht.

Immerhin liegt in der zivilrechtlichen Verurteilung des Ordens die einzige Form der rechtlichen Missbilligung des Überwachungsverhaltens innerhalb der Organisation selbst. Mit anderen Worten, das Zusprechen von Schadensersatz verstärkt die negativen Reputationseffekte, wenn auch wohl eher marginal.

Letztlich kommt man aber gleichwohl kaum umhin, zu konzedieren, dass bei der Bejahung einer Verantwortlichkeit des Ordens mit „seinen“ Vermögenswerten eine funktional nicht erklärbare, rechtsethisch motivierte Kompensation, der nicht-versicherbaren, immateriellen Schäden der Missbrauchsoffer im Vordergrund steht.

V. Fazit

Die vorstehende Analyse hat belegt, dass zivilrechtliche (Sanktions-)Normen verhaltenssteuernd wirken und Marktstrukturen beeinflussen, i.e. sie haben regulierende Wirkung. Die angemahnte Konsequenz dieser Beobachtung liegt darin, dass sich eine zeitgenössische Zivilrechtswissenschaft für eine methodisch abgesicherte Folgenbeurteilung bei der Rechtsanwendung öffnet, d.h. diese bereits bei der Interpretation der *lex lata* berücksichtigt. Dabei darf nicht verkannt werden, dass die funktionale Betrachtung jenseits des Wirtschafts- und bürgerlichen Vermögensrechts an Grenzen stoßen kann. Dies kann aber nicht abstrakt behauptet, sondern muss stets konkret begründet werden, um den dann angezeigten Methodenwechsel zu rechtfertigen.

⁷⁸ Es kann an dieser Stelle dahinstehen, dass die unüberschaubare Literatur zur Corporate Governance lehrt, dass sich die Geschäftsleiter nicht selten an ihrem Eigeninteresse und nicht an den Verbandszielen orientieren.